This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.

+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.

+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.

+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 563 548

Libreria [redacted]
ROMA

HARVARD LAW LIBRARY

Received FEB 1927

ITALY

MATRIMONIO E DIVORZIO

NEL DIRITTO ROMANO

DI

GIUSEPPE BRINI

PARTE SECONDA

IL PRIMO DIVORZIO NEL DIRITTO ROMANO

BOLOGNA
NICOLA ZANICHELLI
1888

For TX
B855m

FEB 9 '27

Proprietà letteraria.

IL PRIMO DIVORZIO NEL DIRITTO ROMANO

1. « Tutte le testimonianze degli antichi scrittori concordano su questo, che in Roma ne' primi cinque secoli della città nessun divorzio avvenisse. Il primo esempio ne diede Sp. Carvilio Ruga circa l'anno della città 520 ». Con tali parole esattissime incominciava Federico Carlo di Savigny, nel primo quarto del presente secolo, un suo scritto appunto « *Sul primo divorzio in Roma* ».[1]

Nullameno, tutti i moderni, si può subito soggiungere, concordano sul contrario; cioè nel ritenere che quel divorzio di Carvilio non fosse in Roma il primo. E così convengono i moderni nel considerare tale notizia, data dagli antichi, siccome errata; o come errata poi assolutamente; o, piuttosto, solo relativamente, per qualche particolarità del fatto da questi o male o punto appresa e riferita.

[1] *Ueber die erste Ehescheidung in Rom*; dissertazione letta dapprima nell'Accademia delle Scienze di Berlino il 21 luglio 1814; edita quindi nelle *Abhandlungen* dell'Accademia del 1814-15, p. 61-66, Berlin, 1818; riedita poi nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Bd. V, hft. 3, Berlin, 1825, pag. 269-279, con aggiunte; ed infine nei *Vermischte Schriften* del Savigny, Bd. I, pag. 81-95, Berlin, 1850, dai quali io citerò in seguito.

Si è dunque al caso, certamente non unico, di una recisa smentita dei moderni agli antichi, e fatta con tutta fidanza. E può ben darsi che questa volta i moderni abbiano ragione. Pure, l'opinione dei moderni è così grave ed estrema, che ad ogni modo, pei canoni stessi della critica storica, non è lecito ridurvisi nè acquetarvisi, se non tentate prima, e ritentando poi ogni volta che paia ne soccorrano nuovi mezzi e lumi, tutte le vie per evitarla. Chè potrebbe in vece pur darsi che la memoria, così concordemente tramandataci dall'antichità, racchiudesse una veracità più fedele di quel che fin qui appaia e si supponga; forse per un senso particolare di quelle antiche parole e il più semplicemente prese; senso forse storicamente il più proprio, ma a noi (direbbe Vico) riposto e che starebbe quindi a noi di sorprendere. O, in somma, la colpa potrebb' essere tutta da parte dei moderni; per non arrivar noi a comprendere quell' antica memoria quale essa si è genuinamente; e non meritando allora, o non in tutto, le nostre censure quegli antichi, dalle cui testimonianze ci è dato tuttora di attingerla.

Vero è che tale notizia, così dai moderni rifiutata, ci appare avanti tutto in contraddizione con altre notizie dateci del pari da scrittori antichi; dateci anzi pur dagli stessi scrittori, che ci recano la prima, e perfino in un loro medesimo scritto ed a poca distanza: di più, presentandosi queste altre notizie suffragate da un tal insieme di prove, che sarebbe troppo difficile mettere esse in dubbio e rifiutare. Il che, pertanto, vuol dire

che la questione sta più precisamente e innanzi tutto nel vedere se la contraddizione fra tali antiche notizie sia reale e positiva, od in vece sia solo apparente. E a ciò, dunque, può appuntarsi tutta la discussione e dirigersi tutta la ricerca. La quale, del resto, potrebbe all'ultimo rivelarsi non così arida e nè di parole, non così inutile e nè mortamente antiquaria, come potrebbe alla prima sembrare. Sotto il nodo storico, che vi si porge e che aspetta di essere sciolto, potrebbe nascondersi un momento capitale nella conquista e nello svolgimento di un istituto civile, e proprio dell'istituto della dissoluzione volontaria de' coniugii.

Non paia vana lunghezza il riportare per prima cosa i passi degli antichi, dove quella notizia, da cui cominciai, del primo divorzio romano è recata. Ad un nuovo studio, quale qui si tenta, sopra di essa, prima necessità si è il mettersi sotto gli occhi tali fonti e rifarne esame accurato. Poi, riportandole in ordine fra loro storico o quasi, già s'invita il lettore ad un loro presente e significante raffronto, e già può suscitarsene una spontanea, obbiettiva e schietta esegesi. Mentre, a ogni modo, ciò ne darà più comoda ed efficace apprensione, e permetterà più spediti e vivaci l'esame e la discussione, che di seguito se ne debbono fare.

2. Per ventura, fra quelle testimonianze di antichi, ci si offre prima per tempo quella di un contemporaneo di Cicerone, di uno de' maggiori giureconsulti della repubblica, di Servio Sulpicio Rufo. Che fu uomo (son parole di un dotto moderno e non giurista) « va-

lente come oratore, nè straniero alla poesia, ma di gran lunga più importante quale conoscitore e maestro di diritto e autore di opere per le quali ebbe sullo sviluppo della giurisprudenza un' efficacia lungamente protrattasi ».[1] « La coltura di Servio (continuerò con parole di un egregio giurista) abbracciava anche la storia, le antichità, la grammatica E queste cognizioni egli adoperava in più guise alla illustrazione storica degl'istituti di diritto da lui trattati e alla dichiarazione delle locuzioni che si trovavano nelle antiche leggi e delle dizioni antiquate ».[2] Senonchè la testimonianza di Servio, di cui qui si tratta, non ci è trasmessa direttamente; bensì, per lo meno, di seconda mano: è Aulo Gellio che, narrando egli a sua volta del divorzio di Carvilio, la riferisce. E non è infondato pensare che Gellio stesso l'avesse a sua volta almeno di seconda mano; forse cioè ei la ritrasse dal libro che Nerazio Prisco « *de nuptiis composuit* ».[3] Il quale libro di Nerazio « non è citato nelle opere giuridiche antiche, ma solo una volta da Gellio, IV, 4 »; e pel quale libro « Nerazio sembra essersi valso principalmente dello scritto di Servio Sulpicio *de dotibus* e averne riportati letteralmente estratti »; libro poi, che pare « essere stato di

[1] W. S. TEUFFEL, *Geschichte der röm. Literatur*, 4. Aufl. bearb. v. Schwabe, Leipzig, 1882, § 174.

[2] O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I Bd, Leipzig, 1885, § 61 pag. 484; e veggasi ivi la nota 8.

[3] M. VOIGT, *Die Lex Maenia de dote vom Iahr DLXVIII der Stadt*, Weimar, 1866, § 1, pag. 1 e nota 1.

contenuto prevalentemente antiquario ».[1] Dal che tutto però non scende ancora che le parole della testimonianza, attribuite da Gellio stesso a Servio, non si possano poi assolutamente tenere quali originarie e testuali di Servio; chè anzi ad arguirle tali rimangono e ragioni e perfino probabilità, ciò inteso almeno per la più parte del discorso: ben conoscendosi come sì i giureconsulti romani e sì Gellio appunto usassero di fare nell'attingere e riferire: e ad ogni modo dovendosene stimare abbastanza fedele la trasmissione fino a prova contraria.

Intanto, ecco il passo in parola: « Servius quoque Sulpicius in libro, quem composuit *de dotibus*, tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, cum Spurius Carvilius, cui Ruga cognomentum fuit, vir nobilis, divortium cum uxore fecit, quia liberi ex ea corporis vitio non gignerentur, anno urbis conditae quingentesimo vicesimo tertio (M. Atilio, P. Valerio consulibus) ».[2] E intanto si valuti come questa testimonianza, oltre esser prima per tempo, sia altresì per l'autore ed in sè stessa, a differenza delle altre, più che genericamente storica, propriamente giuridica; quindi, in somma, per uno studio giuridico sul punto, quale vuol essere lo studio presente, sia il testo capitale. Cosicchè, anzi, i passi stessi e le ricerche seguenti potrebbero pure riguardarsi quasi illustrazioni e com-

[1] KARLOWA, *o. c.*, § 89, pag. 705-6.
[2] A. GELL. *Noct. att.* IV, 3, 2.

mentario a tale frammento conservatoci del nostro vecchio e famoso giureconsulto.

A poca distanza di tempo fa riscontro a tale frammento di Servio una testimonianza di Dionigi d'Alicarnasso. Il quale, dopo esposti gli ordinamenti matrimoniali di Romolo, esce nelle seguenti parole. « E riprova della bontà di tal legge circa le donne diede il lungo tempo. Si attesta infatti che per cinquecento venti anni nessun matrimonio in Roma fu disciolto. Però nella centotrentasettesima olimpiade, consoli Marco Pomponio e Gaio Papirio, primo si narra aver dimessa la donna sua Spurio Carvilio, stato costretto dai censori a giurare che per cagione di prole s'era unito alla moglie; mentre la moglie gli era sterile: ma egli per questo fatto, benchè venuto da costrizione, rimase sempre odiato dal popolo ». [1]

E a Dionigi qui giova far tosto seguire Plutarco,

[1] Ῥωμ. Ἀρχ., II, 25: « Μάρτυς δὲ τοῦ καλῶς ἔχειν τὸν περὶ τῶν γυναικῶν νόμον ὁ πολὺς χρόνος. Ὁμολογεῖται γὰρ ἐντὸς ἐτῶν εἴκοσι καὶ πεντακοσίων μηδεὶς ἐν Ῥώμῃ λυθῆναι γάμος· κατὰ δὲ τὴν ἑβδόμην ἐπὶ ταῖς τριάκοντα καὶ ἑκατὸν ὀλυμπιάσιν, ὑπατευόντων Μάρκου Πομπωνίου καὶ Γαΐου Παπιρίου, πρῶτος ἀπολῦσαι λέγεται τὴν ἑαυτοῦ γυναῖκα Σπόριος Καρουΐλιος, ἀνὴρ οὐκ ἀφανὴς, ἀναγκασθεὶς ὑπὸ τῶν τιμητῶν ὀμόσαι τέκνων ἕνεκα γυναικὶ συντυχεῖν. ἦν δ' αὐτῷ στείρα ἡ γυνή· ὃς ἐπὶ τῷ ἔργῳ τούτῳ καίτοι δι' ἀνάγκην γενομένῳ μισούμενος ὑπὸ τοῦ δήμου διετέλεσεν (Legem autem illam de mulieribus latam praeclaram fuisse, ipsa temporis diuturnitas docet. Hoc enim confessum est, intra DXX annos Romae nullum matrimonium dissolutum esse. Sed Olympiade CXXXVII Marco Pomponio et Gaio Papirio consulibus, primus uxorem repudiasse fertur Spurius Carvilius, vir non obscurus, coactus a censoribus iurare se liberorum quaerendorum gratia uxorem duxisse: eius enim uxor erat sterilis. Qui tamen ob hoc factum, quamvis esset necessarium, in perpetuum exosus fuit a populo) »; dall'edizione Didot, Parisiis 1886..

presso il quale in quattro luoghi si trova ripetuta quella stessa notizia. Nel *Paragone fra Teseo e Romolo*, così: « E ben portò il tempo testimonianza della reverenza, dell'amore e costanza coniugale introdotta nei maritaggi da Romulo: poichè nello spazio di 230 anni non ardì marito romano ripudiar la moglie, nè moglie romana lasciare il marito. Ma sì come infra' Greci i più curiosi poteron dire il primo uccisor del padre e della madre, così tutti i romani sanno che Spurio Carvilio fu il primo a rimandarne la moglie col pretesto che fosse sterile ».[1] Nel *Paragone di Licurgo con Numa*, si legge: « Perchè sì come gli storici appresso di noi nominano i primi uccisori dei loro cittadini, o nimici di fratelli, o ammazzatori di padre e madre; così i Romani fanno memoria, che il primo a ripudiar la moglie fu Spurio Carvilio dugento trent'anni dopo alla fondazione

[1] βίοι Παραλ., Σύγκρ. Θησ. καὶ Ρωμ. VI: « Αἰδοῦς δὲ καὶ φιλίας καὶ βεβαιότητος, ἣν εἰργάσατο περὶ τοὺς γάμους, ὁ χρόνος ἐστὶ μάρτυς. Ἐν γὰρ ἔτεσι τριάκοντα καὶ διακοσίοις οὔτε ἀνὴρ ἐτόλμησε γυναικὸς, οὔτε γυνὴ κοινωνίαν ἀνδρὸς ἐγκαταλιπεῖν. ἀλλ' ὥσπερ ἐν Ἕλλησιν οἱ σφόδρα περιττοὶ τὸν πρῶτον ἔχουσιν εἰπεῖν πατροκτόνον ἢ μητροφόνον, οὕτω Ῥωμαῖοι πάντες ἴσασιν, ὅτι Κάρβίλιος Σπόριος ἀπαπέμψατο τὴν γυναῖκα πρῶτος ἀπαιδίαν αἰτιασάμενος. (Reverentiae vero et amoris et constantiae, quibus devinxit connubia, perhibet temporis diuturnitas testimonium. Quippe annis triginta et ducentis, neque maritus uxoris, neque mariti consortium deserere uxor sustinuit. Verum ut apud Graecos valde curiosi primum nuncupare possunt parricidam aut matricidam, ita cuncti norunt Romani Spurium Carvilium uxori nuntium primum remisisse, sterilem causatum) »; dall'edizione Didot, vol. I, Parisiis 1846. La traduzione italiana che ne ho portata nel testo è quella di Marcello Adriani, edizione Le Monnier, Firenze 1859, I, pag. 92; anche il confronto di essa colla latina, qui soggiunta, può essere utile a colpire e rispecchiarci nella mente colla più scrupolosa fedeltà ed esattezza il valore delle parole del testo relative agli scioglimenti volontari dei matrimoni romani.

di Roma, e Talea moglie di Pinario fu la prima ad aver discordia colla suocera a tempo di Tarquinio superbo ».[1] Infine, nelle Ῥωμαϊκὰ in un punto: « E trovasi scritto che il primo che repudiò la moglie fu Spurio Carvilio, per ragione della sterilità; il secondo Sulpizio Gallo per averla veduta alzare il lembo della veste, e velarsi il capo; e il terzo Publio Sempronio perchè era stata presente ai giuochi funerali ».[2] Ed in altro punto delle Ῥωμαϊκὰ stesse: « ..... e tardi cominciarono a tenere scuola prezzolati; e primo che l'aperse fu Spurio Car-

[1] Δυκ. καὶ Νομα Σύγκρ. III: « Ὡς γὰρ παρ' ἡμῖν οἱ ἱστορικοὶ γράφουσι τοὺς πρώτους ἢ φόνον ἐμφύλιον ἐργασαμένους ἢ πολεμήσαντας ἀδελφοῖς ἢ πατρὸς αὐτόχειρας ἢ μητρὸς γενομένους, οὕτω Ῥωμαῖοι μνημονεύουσιν ὅτι πρῶτος μὲν ἀπεπέμψατο γυναῖκα Σπόριος Καρβίλιος, μετὰ τὴν Ῥώμης κτίσιν ἔτεσι τριάκοντα καὶ διακοσίοις οὐδενὸς τοιούτου γεγονότος· πρώτη δὲ γυνὴ Πιναρίου Θαλσία τοὔνομα δυνήχθη πρὸς ἐχυρὰν αὐτῆς Γετανίαν Ταρκυνίου Σουπέρβου βασιλεύοντος. Οὕτω καλῶς καὶ κοσμίως τεταγμένα τὰ τῶν γάμων ἢ ὑπὸ τοῦ νομοθέτου (Ut enim Graecorum historici recensent eos qui primi caedem intestinam impetraverint, aut fratres bello petierint, patrem matremve necaverint, sic Romani commemorant, primum Spurium Carvilium cum uxore divortium fecisse, anno U. C. ducentesimo ac trigesimo; primamque Pinarii uxorem Thalaeam nomine, altercatam cum socru sua Getania, regnante Tarquinio Superbo: adeo pulchre et decore omnia coniugii iura erant a legialatore posita) ».

[2] XIV: « Ἱστορεῖται γοῦν, ὅτι πρῶτος μὲν ἐξέβαλε γυναῖκα Σπόριος Καρβίλιος ἐπ' ἀτεκνίᾳ, δεύτερος οἱ Σουλπίκιος Γάλλος ἐφελκυσαμένην ἰδών κατὰ κεφαλῆς τὸ ἱμάτιον, τρίτος δὲ Πόπλιος Σεμπρώνιος ἀγῶνα θεωρήσασαν ἐπιτάφιον (Etenim narrant historiae, primum omnium Spurium Carbilium uxori nuntium remisisse ob sterilitatem: secundum Sulpitium Gallum, quod suam vidisset veste attracta caput tegere: tertium Publium Sempronium, quod sua uxor ludos funebres spectasset) »; dall' edizione Didot, vol. III, 1856. La traduzione italiana è pure dell'Adriani: v. *Opuscoli di Plutarco volgarizzati da M. A.* nuovam. confr. col testo e ill. con note da Fr. Ambrosoli, Milano 1826, vol. II.

vilio, liberto del primo Carvilio, che ripudiò la moglie ».[1] Letti appena i quali luoghi di Plutarco non può non correre agli occhi la grande corrispondenza, che è, fin per le parole, massime fra il primo di essi ed il passo di Dionigi: ma qui basti aver rilevato tosto ciò, chè di tali rispondenze e delle divergenze si dirà poco appresso.

Già anche in Valerio Massimo si ha: « Repudium inter uxorem et virum a condita urbe usque ad centesimum et quinquagesimum annum nullum intercessit. Primus autem Sp. Carvilius uxorem sterilitatis causa dimisit: qui quamquam tolerabili ratione motus videbatur, reprehensione tamen non caruit, quia ne cupiditatem quidem liberorum coniugali fidei præponi debuisse arbitrabantur ».[2]

Indi in Aulo Gellio sono da notare due passi. L'uno è quello già citato, dove sono le parole di Servio Sulpicio testè riferite (sicchè si omettono qui), e dove la notizia è data più largamente: « Memoriae traditum

[1] LIX: « .... ὀψὲ δ' ἤρξαντο μισθοῦ διδάσκειν, καὶ πρῶτος ἀνέῳξε γραμματοδιδασκαλεῖον Σπόριος Καρβίλιος ἀπελεύθερος Καρβιλίου τοῦ πρώτου γαμετὴν ἐκβαλόντος. (. . . Sero coeptum est mercede doceri, primusque ludum litterarium aperuit Spurius Carbilius, Carbilii libertus eius, qui primus uxorem dimisit) ». L'edizione e la traduzione italiana son le citate nella nota precedente.

[2] *Fact. et dict. mem.* II, 1, *de institutis antiquis*, 4. Il qual passo nella *Epit.* IUL. PAR. è: « Repudium inter uxorem et virum ab u. c. usque ad centesimum et quinquagesimum annum nullum intercessit: primus Sp. Carvilius uxorem sterilitatis causa dimisit »; e nella *Epit.* IAN. NEPOT. X, 3: « tam sancta fides matrimoniorum fuit, ut per annos MCL ab u. c. nulli Romae divorterint: primus igitur Spurius Carvilius sterilem repudiavit notatusque est ».

est, quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Roma aut in Latio fuisse, quia profecto nihil desiderabantur, nullis etiamtunc matrimoniis divertentibus. Servius quoque Sulpicius..... Atque is Carvilius traditur uxorem, quam dimisit, egregie dilexisse carissimamque morum eius gratia habuisse, set iurisiurandi religionem animo atque amori praevertisse, quod iurare a censoribus coactus erat, uxorem se liberum quaerundum gratia habiturum ». [1] Nell'altro più brevemente è ripetuto: « Anno deinde post Romam conditam quingentesimo undevicesimo Sp. Carvilius Ruga primus Romae de amicorum sententia divortium cum uxore fecit, quod sterilis esset iurassetque apud censores, uxorem se liberum quaerundorum causa habere ». [2]

Da ultimo, in due punti Tertulliano scrisse: « Ubi est illa felicitas matrimoniorum de moribus utique prosperata, qua per annos ferme sexcentos ab urbe condita nulla repudium domus scripsit? » [3]; « Adeo autem repudium a primordio non fuit, ut apud Romanos post annum sexcentesimum urbis conditae id genus duriciae commissum denotetur ». [4]

3. Delle quali testimonianze quanto sia diverso, per più ragioni, il valore non occorre dire. Certo son più che bastanti ad attestarci una tradizione costante ed uniforme di quel fatto, siccome tosto si rileverà

[1] IV, 3, 1-2. [2] XVII, 21, 44.
[3] *Apol. adv. gen.*, VI. [4] *De monagam.*, IX.

anche meglio; e quale tradizione di un fatto singolare per indole ed importanza. Certo però esse possono ridursi a minor numero, taluna palesandosi una derivazione da altra anteriore; oltrechè da alcune potendosi pressochè astrarre, cioè da quelle di Tertulliano.

Invero, quanto alle quattro di Plutarco, non solo esse si possono considerare una sola, cioè possono concentrarsi nella prima, che pel luogo ed il modo figura come principale e quasi fra esse genetica; ma, di più, questa prima, per sè e per l'intero discorso nel quale si trova, ci richiama grandemente a Dionigi in tutto il suo capo venticinquesimo. Vi ci richiama colla sostanza e perfino colle parole; solo, il discorso vi è ridotto più breve, e v'è intercalato quel confronto coi greci. Ed è noto, infatti, che Plutarco fu accurato principalmente in ritrarre da altri buoni scrittori, in particolare da Giuba, da Varrone e, con altri, da Dionigi [1]; e massime poi da Dionigi appunto per le prime delle sue *Vite* di romani, come una non rara corrispondenza, quale anche qui s'incontra, ne addita. Salvo che qui si dovessero entrambi indipendentemente ricondurre ad altra fonte comune.

D'altro lato, Valerio Massimo si sa pure che aveva raccolto da altri scrittori, forse in ispecie i più vicini a lui per tempo e migliori, e sembra che più spesso trascrivendone o quasi. Nel suo passo non reca in-

[1] « Plutarco difficilmente si è valso di Valerio Massimo, benchè lo citi in *Marcell.* 30 e *Brut.* 53 »; così il TEUFFEL cit. § 279 pag. 624, citando egli a sua volta il PETER *Quellen des Plut.* p. 75, 136.

vero più di quello ch' è in Dionigi; tranne però il soggiungere qualche apprezzamento, che ha anch' esso tuttavia forma e colore di riferimento, e che quindi tanto più può far pensare ad una fonte diversa e indipendente. [1]

E Gellio poi sembra meritare anche più speciale attenzione. Già si sa la sua molta diligenza e coscienziosità di raccoglitore e compilatore, la larghezza nel ritrarre da molte ed anche da già antiche fonti, e la fedeltà del riferirne, lo studio e l' uso di riprodurne il più testualmente, e la ricerca in ispecie di antiche notizie e reliquie. Sul fatto stesso qui in questione egli ci porge dati di valore, che non sono negli altri a noi noti; e che quindi son da ritenere attinti ad altre fonti che non gli scrittori precedenti a Gellio, che ne parlano ed a noi rimangono. È in Gellio la citazione di Servio, sia pur indiretta, certo preziosa; è in Gellio, che il caso di Carvilio quale primo divorzio è congiunto col cominciare delle *actiones* e *cautiones rei uxoriae* non usate prima « in urbe Roma aut in Latio »; sono in Gellio le particolarità del « traditur uxorem ..... egregie dilexisse », e che « de amicorum sententia divortium cum uxore fecit ». Per le quali notizie speciali, non parrebbe, dal modo dell'intero discorso di Gellio, dovesse esser stato neppure Servio Sulpicio la fonte. Ed altro si osserverà in appresso.

[1] Cfr. TEUFFEL, *l. c.*; e BERNARDY, *Grundriss der röm. lit.* § 108 Braunschweig, 1876.

Quanto poi alle parole di Servio che Gellio riporta, o alle parole che Gellio attribuisce o trovò attribuite a Servio, esse si veggono corrispondere, per circostanze di persona e di cose ed anche (come si vedrà) di temo, così pienamente con Dionigi, che il loro reciproco confortarsi non potrebbe risultarne maggiore. E Servio, di nuovo, si può supporre e ritenere che abbia attinto a fonti, cui poi pur Dionigi attingesse; o forse, in vece, che Servio attingesse anche o solo a diverse, e forse in ispecie proprio a fonti giuridiche o alla tradizione strettamente giuridica. Per altro, si ha nel riferimento di Servio una singolarità capitale. Gellio ne riferisce, siccome scritto da Servio: in un col divorzio di Sp. Carvilio Ruga « tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas », non anche proprio che quel divorzio in Roma fosse il primo. Ma vero è pure che Gellio di quell'attestazione di Servio e dell'affermazione del primo divorzio credè fare senz'altro tutt'una cosa, e come ciò essendo al tutto naturale e sicuro, come dunque trattandosi di asserzione la più risaputa ed ammessa; quale infatti Gellio altrove ripete: certo, nulla dovendo Gellio aver trovato in Servio stesso, o in Nerazio, che a ciò si opponesse, chè non avrebbe mancato di notarlo. Sicchè tutto anzi fa pensare che Gellio trovasse in Servio stesso, o Nerazio, una conferma almeno implicita di quella diffusa e conservata tradizione. Tantochè Gellio potè cominciare fermamente col « memoriae traditum est »; come Plutarco avea potuto asserire « tutti i romani sanno », « i romani fanno memoria »;

e come Valerio Massimo potè dare recisamente la notizia; e già Dionigi potè scrivere l'« ὁμολογεῖται ». La fermezza e precisione di tal tradizione è quasi la nota caratteristica prevalente delle testimonianze circa quel fatto; nota tanto più significante ed autorevole quanto più si risale fra quelle testimonianze alle più antiche.

Raccogliendo le quali osservazioni, l'illazione è che ci si può quasi ridurre da un lato a Gellio e con esso a Servio, dall'altro a Dionigi; se già non potesse anche vedersi una terza discendenza indipendente in Valerio Massimo, almeno per qualche elemento. Nell'attestazione del fatto, all'infuori dell'affermazione diretta che quello fu il primo divorzio, Servio e Dionigi si corrispondono precisamente; e sia poi che essi ci rimandino ad una loro comune fonte, sia che a fonti diverse. Per l'affermazione che fu il primo divorzio Dionigi e Valerio e Gellio si fanno esatto riscontro; mentre Gellio almeno risulta, da alcune circostanze particolari, dover aver attinto a fonti speciali. Vero è che potrebbe anche pensarsi avesse Gellio ritratto (e forse Valerio?) tale affermazione da Dionigi stesso e solo; ma, se non altro (cioè se non anche la diversità nel modo del racconto, nel notare l'affetto di Ruga alla moglie, e nel non notare l'odio popolare), almeno la diversità delle date e dei consoli parrebbe a dirittura far dubitare di tal congettura. Diversità di date e di consoli, di cui sarà tosto riparlato. Veggasi intanto quel che sta contro anche ad un'altra e singolare

congettura, la quale potrebbe affacciarsi dopo ben constatata così la propria attestazione di Servio.

Perchè, cioè, potrebbe anche supporsi che Dionigi stesso pel fatto di Carvilio avesse attinto a Servio, o meglio alle fonti stesse che Servio: e che, frantendendo, avesse Dionigi applicato al divorzio ciò che, dunque, non vi fosse detto che delle *cautiones*, e così per errore ed equivoco suo (generatore forse delle asserzioni posteriori) egli affermasse quel divorzio primo. O, poi, tutto questo potrebbe supporsi, anzichè di Dionigi, piuttosto di una fonte o delle fonti di Dionigi, da cui egli senz' altro l' attingesse e riproducesse; e fin parimenti di Servio o piuttosto di una fonte o delle fonti di Servio. Vero, che in Servio, per quanto Gellio ne riporta, neppure ritroviamo circostanze importanti, che invece in Dionigi sono allegate: e assai sembra accennare a una indipendenza anche fra le fonti di Servio e di Dionigi. Ma supponibile pur anche che quelle circostanze si fossero trovate già in Servio; e Gellio forse ne avesse di là attinte nel suo discorso che segue, solo non avendole a Servio riferite anch' esse quasi testuali: benchè poi, per converso, a supporre ciò, tutto l' andamento del discorso di Gellio sembri che nettamente si opponga.

Però, quand' anche, superando queste forti difficoltà, ci si lasciasse andare a tale singolar congettura sull' origine dell' affermazione del primo divorzio, cioè da una mala intelligenza delle parole, ad esempio, di Servio o di una ultima fonte più antica; essa congettura sarebbe bensì una facile via di risoluzione: ma non sa-

rebbe, pur sempre, che la congettura gratuita di errore ed equivoco commesso, sia da Dionigi, sia da scrittore a lui precedente. Alla quale via d'uscita è ognora da opporre che non vi si dovrebbe ricorrere ad acquetare, se non ritentata e riprovata invano ogni altra migliore e possibile via di risoluzione.

Ma e all'infuori anche di ciò e di tale gratuita congettura, e sempre in contrario ad essa, si ha inoltre che Dionigi si concorda essere stato storico assai circospetto, esatto, compiuto; postosi al lavoro solo dopo lunga ed ampia preparazione, e coll'aiuto di altrui valido consiglio, e sul fondamento sopra tutto di un prezioso tesoro di notizie estratte dagli annalisti, riuscendo (dice lo Schwegler) «specialmente accurato nella cronologia». E si ha di più che con Dionigi ci si trova ad appena mezzo secolo da Servio; e con Servio si va a neppure due secoli dal fatto di Carvilio, secondo le date che di questo essi Servio e Dionigi ne dànno. E assai più, poi, le fonti di loro medesimi evidentemente ci riavvicinerebbero al fatto stesso. In particolare, Dionigi potrebbe rimandarne naturalmente, attesa la parte di storia di che si tratta, a qualche scrittore e proprio annalista, con cui già si sia, nonchè ad un secolo o poco più, ma fin anco a men che un secol dal fatto; e così pure si rimbalzerebbe anche a più vecchie sorgenti, od a più vecchia tradizione comune, di tanto più prossime, adunque, a quel divorzio famoso. E parrebbe altresì naturale, Dionigi aver dovuto appoggiare sulle sue fonti, o avervi dovuto trovare, quell'« ὁμολογεῖται »; ch'egli riferisce

così precisamente, e quasi fondamento principale, all'asserzione del non essere intervenuti ne' primi cinquecento vent'anni in Roma divorzi. E mentre infine, se Gellio (non insisto se forse Valerio Massimo, e lascio stare del tutto Plutarco) ebbe fonti diverse da Dionigi, siccome in parte almeno ebbe di certo, già la consonanza tra le fonti distinte e indipendenti di Dionigi da un lato e quelle di Gellio (e forse di Valerio?) dall'altro, consonanza che dovrebbe pur risalire ad un'ultima origine comune, si avrebbe tal forza, quale non occorre dimostrare.

Nè io qui voglio sostenere, nè intendo provare neppure in seguito, nè l'una nè l'altra delle diverse congetture, che così possono presentarsi e che ho accennate: non ho inteso, nè intendo trattare di proposito questo punto di letteratura storica.[1] Ad una risoluzione nell'argomento mi mancherebbero, colla competenza, gli elementi; e forse questi mancherebbero anche a' più competenti di me in così incerte disquisizioni di derivazione e trasmissione letteraria, e di possibile corruzione prima o poi, di una data notizia.

Volli unicamente mostrare come quelle congetture siano possibili, e taluna forse probabile; e come restino, in caso, a discutersi e risolversi dagli storici della letteratura. E con questo, io qui volli sol scuotere

[1] Si confr.: A. Schwegler, *Röm. Geschichte*, I pag. 97 etc., Tübingen 1867; Voigt, *Ueber die leges regiae*, II, p. 128 e seg., Leipzig 1877; e A. Vannucci, *Storia dell' Italia antica*, vol. IV, cap. I, etc., Milano 1876; ed ora R. Bonghi, *Storia di Roma*, vol. II, libro 5, in ispecie al capo 10.

quella tanto ferma fiducia, su che sembra si stiano i moderni, quando smentiscono e non attendono quella affermazione degli antichi quale errata o infondata; mentrechè più ragioni, per certo, possono stare per l'attendibilità sua e ne' suoi termini precisi, anche considerata per ora estrinsecamente. E parmi che, all' uopo, in quel che dissi vi sia più che a sufficenza; se già non m' inganno a partito. Volli, in somma, aprire solo la strada e sgombrare il campo ad una spregiudicata, e liberissima considerazione e discussione.

4. La maggior discrepanza tra le riferite testimonianze, anzi (dirò col Voigt) una singolare confusione tra esse, è circa il tempo, in cui quel divorzio di Carvilio sarebbe avvenuto. Servio (secondo Gellio) lo poneva nel 523 della città, consoli (forse è Gellio che ve li aggiunge?) M. Atilio e P. Valerio; Dionigi nel 520 o subito dopo, e precisamente nella 137ª olimpiade, consoli M. Pomponio e G. Papirio; e Gellio poi, là dove cita Servio premette il « quingentis fere annis post Romam conditam », mentre nell' altro passo indica senz' altro l'anno 519; ed in Valerio Massimo è il 150; e Plutarco dà il 230 in due luoghi, ma poi nel quarto parrebbe, sì pel « tardi » ch' ei vi pone e sì per la notizia in sè, riportarsi a tempo più recente; scendendo infine Tertulliano a circa i sei primi secoli di Roma.

Or, avanti tutto, la frase « quingentis fere annis » di Gellio appare per certo ben adatta a ritrarre esattamente quella incertezza, del resto assai ristretta, che offrono le date di Servio, di Dionigi e di Gellio stesso;

o quindi ad esprimere tanto esattamente quanto era possibile, di fronte a tali differenti date (lasciamo per un momento da parte le altre più divergenti), il tempo a cui la tradizione assegnava il famoso divorzio. E poichè su tal frase non par possibile il dubbio, così par certo che Gellio dovesse trovare nelle sue fonti quelle date appunto, o circa, così poco discordanti.

Sulla quale lieve discordanza, Maurizio Voigt, coll'usata erudizione e acutezza (discorrendo su tutto questo proposito delle date) assai bene argomenta; sicchè non posso a meno di riferire le sue parole, a cui, per quanto a Servio e Gellio e Dionigi, non trovo da contraddire, nè da aggiungere. La data di Dionigi è (osserva il Voigt) contraddistinta coi « consoli M. Pomponio e C. Papirio », per conseguenza è il « 523 dell'èra varroniana ». Circa le due diverse date di Gellio, non solo esse discordano fra loro, ma quella che è nel IV, 3, 2 e dà il 523, consoli M. Atilio e P. Valerio, « è altresì errata, in quanto che nel 523 sono consoli M. Pomponio e C. Papirio, mentre M. Atilio e P. Valerio appartengono in vece al 527. Senonchè, per grande che sia tale confusione, nondimeno essa si scioglie tanto sicuramente quanto semplicemente. In primo luogo, infatti, Gellio nel XVII, 21, 44, mise insieme notizie cronologiche da opere di scrittori al tutto divisi, da Cassio Hemina, Varrone, Cornelio Nipote ed altri. Questi scrittori seguivano ère differenti; e poichè Gellio stesso non ridusse ad un'èra unica le date corrispondentisi, così le date delle diffe-

renti ère vi si intrecciano: e così invero si fondano sull'èra varroniana la istituzione del tribunato del popolo nel 260 al § 11, la dittatura di A. Postumio nel 323 al § 17, il consolato di Appio Claudio e M. Fulvio nel 490 al § 40, e di contro si fonda sull'èra di Cornelio Nipote la guerra con Pirro nel 470 (cioè 473 dell'èra varroniana) al § 37. Ed ora, una terza èra, che Gellio segue, ritardava verso la varroniana di un quattro anni, talchè il divorzio di Carvilio ne cadeva nell'anno 519, ch'è l'anno 523 dell'èra varroniana. E però la tavola cronologica di codesta èra ritardante doveva stare tuttora sotto gli occhi di Gellio, quando egli nella composizione del IV, 3 incontrò da Servio Sulpicio *de dotibus* assegnato il divorzio di Carvilio al 523 dell'èra varroniana. E, senza considerare che quest'ultima indicazione seguiva l'èra varroniana, Gellio consultò la sua tavola cronologica ritardante, vi trovò all'anno 523 segnati consoli P. Valerio e M. Atilio; e questi consoli, dell'anno 523 della sua tavola ritardante, egli ora appose a quell'anno 523 dell'èra varroniana; e così nacque la confusione. Ma dunque se ne può pur sempre discernere, che le fonti di Gellio collocavano il divorzio di Carvilio nell'anno 523 dell'èra varroniana ».[1]

Quanto alle altre date più divergenti, ecco le osservazioni del Voigt, che continua così. « Per Valerio

[1] *Die Lex Maenia de dote*, 1866, § 10 nota 64, pag. 36-37: e cita Dodwell, *in Dion.*, ed. Reiske, vol. IV p. 2554, e *Ritschl, *Parerga Plautina*, I, p. 68-70.

Massimo i manoscritti e Paride recano: « repudium inter uxorem et virum a condita urbe usque ad centesimum et quinquagesimum annum nullum intercessit »; e qui il guasto è antico, ma la qualità sua riconoscibile da Nepoziano, che ne offre: « a condita urbe per annos N c. l. »; poichè ciò indica che nel codice primitivo la data era scritta in cifra, e che dal copista fu mal letta; verosimilmente l'archetipo dava « usque ad $\overline{XX}$ e. D. (cioè *vicesimum et quingentesimum)* annum »: nel qual caso questa data del 520 si fonderebbe sull'èra di Nipote o Polibio o Diodoro od altri, corrispondendo all'anno 523 dell'èra varroniana ». E infine (segue pure il Voigt) un simile guasto è da supporre in Plutarco *Lyc. et Num. comp.* 3; ivi il testo dei manoscritti è: « ἔτεσι τριάκοντα καὶ διακοσίοις »; e ciò addita la lezione Λ'Κ(κ)Σ', dove ne sta dinanzi un errore di lettura del copista in luogo del ΦΚΓ' (523) del codice primitivo ».[1]

Di nuovo, io non posso nè voglio entrare, come fa il Voigt, in questa critica dei manoscritti; nè discutere le sue ultime congetture sul testo di Plutarco e di Valerio, invero non più che congetture. Solo, non posso a meno di riconoscere, come affatto non mancherebbe indizio a far credere che le date anteriori al sesto secolo, in Valerio e Plutarco, risalissero a Valerio e Plutarco medesimi, anzichè ad errori posteriori nelle trasmissioni delle loro opere; od, almeno, a far credere

[1] Voigt, *l. c.*

(un qualche guasto posteriore potrebbe pur sempre sospettarsi ed ammettersi in esse, e resterebbe anche a dire della stessa discrepanza fra esse) che Plutarco e Valerio medesimi trovassero e pensassero quel divorzio come anteriore, per più o meno distanza di tempo, al sestó secolo. Invero Plutarco, non ostante la sua connessione a Dionigi, oltre ripetere in due luoghi il 230, nel secondo ricorda, di pari al caso di Carvilio, quello di Talea, d'indole famigliare anche questo, e lo ricorda come avvenuto « a tempo di Tarquinio »; e più nel terzo passo, enumerando i tre casi di Carvilio, di Sulpizio Gallo e di Publio Sempronio, pone primo e più antico quello di Carvilio, su di che però si vedrà ancora; infine restando in Plutarco indeterminata la enunciazione del quarto passo. E Valerio (lo si consideri qui in discendenza indipendente) poco appresso al caso di Carvilio, ch'egli dà come primo, ricorda egli stesso il caso di L. Annio, che pure rimandò la moglie nel modo che si vedrà: il qual caso di Annio fu nel 447 di Roma, e sarebbe per noi anteriore a quello di Carvilio, e dunque esso avrebbe dovuto esser detto il primo da Valerio; se già, appunto, non fosse che Valerio stesso avesse, per avventura, trovato e pensato quello di Carvilio anteriore, e fosse pure che non anteriore di tanto quanto la data dell'anno 150 lo recherebbe.

Al qual proposito però di Valerio, io potrei suscitare fin d'ora qualche diversa e più sostanziale considerazione. Chè, invero, scioglimenti di matrimoni in Roma anteriori al sesto secolo sono innegabili. E or

dunque parrebbe venirne naturale e fortissimo argomento a far risalire verosimilmente più indietro che possibile nella storia di Roma quel divorzio di Carvilio, fin ad esempio al 150 di Valerio: ciò, dico, parrebbe naturale, e massime a voler dare un senso il più piano e semplice che possibile a quell'attestazione di priorità. Senonchè, sta qui precisamente tutto il nodo della questione; da venirsi quindi solo man mano trattando. Ed intanto posso solo soggiungere, che mentre, circa codesto rilievo fatto su Valerio Massimo, deve proprio riservarsi ogni giudizio e ogni conclusione a trattazione compiuta; circa le osservazioni su Plutarco, è da valutarne bene pur il quarto passo. Nel quale, ripeto, la sua stessa parola « tardi » e l'indole della notizia e tutto un insieme di ragioni, come negli storici e in ispecie nei filologi può riscontrarsi [1], sembrano con assai fondamento rimandare piuttosto al sesto o allo scorcio del quinto secolo della città, anzichè più indietro, e tanto meno sin entro all'età regia.

A me pare che la concordanza di Servio, di Dionigi e di Gellio (e fosse solo di Dionigi e di Gellio, ma attingendo Gellio pur a fonti diverse da Dionigi), anche lasciata stare l'attendibilità di tali scrittori, in somma già da sola basterebbe a far attribuire una forte prevalenza alle loro date sopra le altre. Tanto più, di fronte alla stessa discrepanza, e per tanto intervallo, fra le date offerte da Valerio e Plutarco; e di

[1] V. Teuffel, *o. c.* § 128 e §§ 93 e 90, e i citati da lui.

fronte all'incertezza che gli stessi passi di Plutarco fra loro raffrontati ne possono porgere; il che è pur da ripetere pel raffronto dello stesso Valerio Massimo con Paride da un lato e Nepoziano dall'altro. E mentre poi, respingendosi le date di Servio e Dionigi e Gellio, occorrerebbe la non facile impresa di spiegare come mai in essi, ed in tutti, le fossero o così nate o di poi guaste. Ancora, mentre Tertulliano a sua volta, per quanto poco valore qui si abbia, pur non vi ha dubbio dovesse raccogliere dalle sue fonti o dalla tradizione la tarda data del sesto secolo, anzichè una anteriore, o parecchie in prevalenza anteriori con quelle grandi disparità fra di loro. Già, dico, da tutto questo emergerebbe, a mio sentire, più che abbastanza per reputare esatti quanto possibile e il « quingentis fere annis » di Gellio e il « per cinquecento vent'anni » di Dionigi; se anche non si fosse disposti a restringere la massima verosimiglianza proprio sull'anno 523 di Roma secondo l'èra varroniana.

Nè qui è tutto; chè resta, anche per una critica tutta estrinseca, forse il più. Se infatti vi si voglia accennare a ragioni le quali tocchino la sostanza, la credibilità di codeste indicazioni di Dionigi e di Gellio se ne accrescerà di gran lunga. Già per tali loro frasi, cui si aggiunga l'apposizione de' consoli, parmi risultare fuor d'ogni dubbio ch'era in loro medesimi la credenza dell'essere avvenuto quel divorzio sui primi del sesto secolo: sicchò, in ogni caso, l'errore dovrebbe od esser stato commesso da loro, e in ispecie

da Dionigi (e forse che dovremmo dire ciò di Servio, se per Servio non si pensasse a una mala attribuzione di Gellio); od essere stato fin nelle loro fonti e nella tradizione anteriore. Ma ben più importante ancora si è questo: che, cioè, colle date del 150 e del 230 (colle quali sarebbe altresì meno accordabile la precisione e costanza di quella tradizione) si rientrerebbe nell'età regia; quando, adunque, non erano i consoli, nè i censori (questo osservava già il Rein [1]) e nè, aggiungo io, era il pretore. Or, fossero pure i consoli un'aggiunta di Dionigi o di Gellio, e dipendente da un errore: ma e come sarebbe nata la circostanza dei censori? Ai quali si congiunge quel giuramento, colla formola solenne: e il che è elemento principale ed espresso nella narrazione di Dionigi e di Gellio, ed è adombrato nelle stesse parole di Servio, siccome poi in quelle di Valerio Massimo. Anche tutto ciò diremo un errore, un'aggiunta, od anzi, tutto omai una rimutazione e quasi creazione arbitraria fatta sulla prima genuina notizia? E dissi, nè anco il pretore; ciò pel sorgere dell'*actio rei uxoriae*, di cui Servio appunto ci attesta l'origine legata con quel divorzio; punto questo, sul quale ben sarà poi da ritornare di proposito.

Dopo ciò tutto, io confesso che gia non saprei, quanto a me, come mai negar fede alla data, che da Servio, Dionigi e Gellio risulta pel divorzio di Spurio Carvilio, cioè dell'anno 523 di Roma, o in quel torno. Nè, tuttavia, presumo per certo di affermare tosto e conclu

[1] *Privatrecht*, pag. 450 nota 1.

dere neppure per probabilità; tanto mi trattiene la dovuta circospezione in una storia così antica e così imperfettamente tramandataci, e per essa mi pare ognora arrischiato l'escludere dall'animo il dubbio od almeno il dibattito. Chè se, però, anche da un'altr'ordine di osservazioni, di tutt'altra natura da queste, ma risultanti a piena corrispondenza con queste e quindi ad una ben forte e reciproca conferma, si fosse del pari secondo ogni ragionevolezza spinti a quella medesima deduzione, io mi domando se la si potrebbe più rifiutare.

5. E qui, stringendoci proprio all'affermazione di quegli antichi, che il divorzio di Carvilio fu in Roma il primo, ci converrà innanzi tutto riandare un poco particolarmente come infino ad oggi, ed in ispecie dagli studiosi della storia giuridica nel nostro secolo, essa sia stata intesa; ossia come e quanto tale notizia fosse e sia creduta, o negata; o negata assolutamente; o solo relativamente, con limitazioni od aggiunte, con sottintesi e congetture, con cui siasi pensato di emendarla od integrarla. Non so se di tali spiegazioni e di tali tentativi mi sarà dato fare una rassegna non troppo incompiuta; ma vorrei solo non averne omessi alcuni di importanti. Certo, non intendo aver qui indicati tutti quanti gli scrittori, che vennero ricordando in qualche modo quell'antica notizia; con che, del resto, credo non avrei fatto cosa utile, quando pure mi fosse stata possibile; e dal che anzi sono rimasto ben lungi; spesso però negli stessi richiamati autori potendo trovarsi via via il richiamo di altri.

Invero la via più naturale e piana potrà parer questa: di ritenere che davvero nessuna dissoluzione di matrimonio, nessun divorzio, benchè permesso dal diritto, dovesse in fatto essere avvenuto in Roma prima del divorzio di Carvilio. È l'intelligenza che si trova nei più vecchi [1]; ed ancora nell'Eineccio. « At quamvis divortia viris permitterent leges, non tamen ullum Romae extitit exemplum ante annum ab U. C. circiter quingentesimum, quo primus uxorem ob sterilitatem dimisit Sp. Carvilius Ruga.... ». Però bene annotava a questo luogo dell'Eineccio il Mühlenbruch. Dopo aver premesso: « inter se dissident veterum testimonia de tempore, quo factum fuerit Sp. Carvilii Rugae divortium: plerique illud referunt ad annos ab. U. C. 520-523, Plutarchus ad a. 230 » (e si aggiunga il 150 di Valerio Massimo); il Mühlenbruch continuava: « quomodocunque autem res se habeat, id tamen vix credere licebit, primum omnium Carvilium Romae divertisse. Potius dicendum [2].. » Ma le altre parole del Mühlenbruch stesso si leggeranno meglio fra poco. Ripeto, si attestano precisamente scioglimenti di coniugii romani avanti il prin-

[1] Cfr. Sigonii *Op. omnia*, tom. V, *De antiquo iure civ. rom.* L. 9, pag. 109, Mediol. 1736; — Brissonii *Op. Min.*, Lugduni Batavor. 1749, *Ad L. Juliam de adult.*, lib. sing., pag. 223; e *De ritu nupt.*, p. 293, ed ivi la nota del Trekell; — etc.

[2] I. G. Heineccii *Antiquitatum rom. Syntagma*, castigavit etc. adcessiones ed., animadversiones etc. adiecit C. G. Haubold, denuo opus retractavit, obs. auxit C. Fr. Mühlenbruch, Francofurti ad M. 1841, Append. I, 1, § 45 not. b, pag. 256-7. Così anche v. Hoffmann, *ad L. Iul.* nella *Fellenberg. iurispr.*, I, p. 131-134; e (citato pure, come il precedente, dal Rein) *R. Schneider nell'*Allg. Hall. Lit. Zeit.* 1834, N. 181.

cipio del sesto secolo; ma, ripeto pure, ciò potrebb'avere certa spiegazione, che si vedrà. Già senza ciò, o risalgasi anche al 230 e fin al 150, od invece ci si fermi tuttavia al 520 o 523, o meglio ragionando in astratto, e ponendo persino che nessuna attestazione di scioglimenti coniugali e divorzi anteriori si avesse, pur sempre la difficoltà con questa prima intelligenza sarebbe men che mai risoluta.

La inverosimiglianza e quasi impossibilità, invero ovvia, di tale spiegazione più grossamente presa, non potrà risultare appieno che in seguito. Per ora quanto ad essa basti chiederci: se l'istituto, innanzi a quel preteso primo divorzio, era ignoto, come mai s'introdusse? E se non era ignoto, ma bensì era esistente in quel diritto privato di Roma (il qual diritto era ancora per tanta parte, e massime nel tema della famiglia, consetudinario, o tale per certo era stato prima di fissarsi in qualche guisa ferma e legislativa), come mai quell'istituto può supporsi, prima di un certo tempo e ad esempio il sesto secolo, non essere stato in uso di fatto, senza contraddizione in termini? Il che sta (si noti) pienamente pur restringendo la considerazione entro Roma, cioè entro alla nuova città già sorta e costituita, e facendo astrazione dall'età e vita preromane. Che se mai volesse dirsi, potersi pur trattare di un uso o di un istituto, che le genti, onde Roma si compose, pria di costituir Roma possedessero, ma che nella nuova loro città esse non ripigliarono in fatto se non appunto con Sp. Carvilio; allora, a parte la inverosi-

miglianza, troppe altre cose converrebbe di necessità chiedersi e distinguere e partitamente discutere: le quali non potran pure presentarsi ed esaminarsi che nel seguito. In somma, basti che questa prima via di soluzione, mentre può parer più alla buona ed alla lesta di tutte, riesce invece o troppo leggera ed ingenua, o tutt'altro da quel che pare. In essa, bene interrogata e penetrata, o proprio intesa in certo senso, potrebbe in vero perfino racchiudersi la più profonda e forse più giusta interpretazione. E a me basti per ora il dire ch'io stesso son lungi dal voler negare, che quel divorzio potesse essere pel diritto di Roma veramente il primo Or parrà forse questo mio un giuoco di parole; ma si vedrà che non è punto così.

Similmente, potrebbe dirsi che il diritto di Roma avanti il divorzio di Carvilio, quando che sia avvenuto, non ammettesse o non conoscesse possibile comunque lo scioglimento volontario dei coniugii; sicchè prima, non solo scioglimenti tali in realtà non vi avvenissero, ma neppure potessero esservi fatti per diritto. Senonchè si vedrà che, all' incontro, precise testimonianze attestano fino dagli ordinamenti romulei esistente in quel diritto l' istituto dello scioglimento del coniugio e per volontà, almeno unilaterale. E non resterebbe, dunque, che intendere anche questa spiegazione in un certo senso; e però, di nuovo, con distinzioni e premettendo discussioni, che penetrano addentro in tutta la questione; e le quali, di nuovo, non si potranno toccare che appresso.

« Potius dicendum », seguitava il Mühlenbruch al

luogo testè interrotto, « (in quo et omnes consentire videntur, qui nostris temporibus hac de re scripserunt), incidisse quaedam in hocce divortium, unde effectum sit, ut tamquam res vel maxime insignis memoriae proderetur, sive ea ad causam spectarent divertendi, sive ad rationem ac modum, quo consilium perfecit Carvilius, sive ad dotium ius, quod quidem in posterum invaluit; id quod innuere videtur Gellius in priori loco (IV. 3.) [1] ». Appunto, i più dei moderni, tenendo per indubitato che i divorzi fossero stati in Roma ognora possibili e ve ne fossero avvenuti anche prima di questo di Carvilio, ammettono invece che questo fosse il primo, nel quale una qualche circostanza nuova e singolare si verificasse, o al quale codesta si accompagnasse, o dal quale codesta fosse determinata od occasionata. Insomma, ammettono che dovesse essere un caso nuovo di divorzio; e però apparso, per la nuova circostanza, così grave e memorabile, da rimaner fisso nella tradizione, e da potersi poi col volgere del tempo scambiare perfino pel divorzio assolutamente in Roma primo. Dopo di che, sopravvengono però fra gli stessi moderni le varietà nel congetturare qual fosse quella nuova circostanza, tanto fuori dell' ordinario ed importante e grave, compresa in quel divorzio o connessavi in qualche guisa o conseguitagli. Ed in ciò il campo ai diversi pensieri era aperto, e gli appigli ed impulsi erano nelle fonti stesse già pronti.

[1] E cita Hugo, Savigny, Zimmern, Wächter, Hasse e Klenze, ai luoghi che si verranno pur qui citando.

Taluno più sciolto ed ardito ricostrusse perfino a sua fantasia il caso di Carvilio. Il Fritzsche (come ricavo dal Rein, di cui reco le parole) così « trasforma il racconto al tutto contro le notizie dei testi: Sp. Carvilio si sarebbe prima divorziato, poi i censori, dacchè presane cognizione non sarebbero stati in grado d'impedire il divorzio, avrebbero però costretto Carvilio alla pena di dar giuramento che egli non avrebbe presa in moglie una seconda donna *lib. quaer. causa*[1] ». Al che non merita certo si soggiunga pur una parola di confutazione.

Ecco piuttosto le opinioni ragionevoli e fondate. Si pensa dover esser stato quel divorzio il primo che si facesse per sterilità della donna[2]. O, più largamente, il primo per causa non ammessa e conosciuta fin a quel momento dal diritto[3]; e però proprio il primo senza causa, cioè legittima; il primo, insomma, arbitrario in questo senso[4]. O, di più, apparso capriccioso e frivolo, perchè senza una causa, che sembrasse seria, adeguata e sufficiente; e forse non essendone, o non parendone, la vera causa quella, che n'era allegata[5]. Fors'anche il primo senza colpa della donna, non fondato su un trascorso di lei; o, quindi ancora,

[1] * F. V. Fritzsche, *De divortio Carvil.* Rostock, 1835; dal Rein, *l. c.*

[2] E. Otto, *Thesaur. iur.*, IV, *praef.* p. 7; * H. A. de Water, *De divortio Carv.*, Harderov. 1801; * G. Friederici, *De div. meditat.*, Lips. 1842; Zimmern, *in* Neustetel *und* Zimmern *Röm rechtl. Untersuch.* I, Heidelberg, 1821, I p. 332-5; etc.

[3] * G. A. Marche, *Hist. iur. civ. de divort.*, Lips. 1764.

[4] Puchta, *Cursus der Instit.* § 291, ed. Krueger, Leipsig, 1881.

[5] Baron, *Geschichte des rom. Rechts*, Berlin, 1884 § 32 nota 9 p. 63.

il primo compiuto senz'ira ed offesa, ma di buon animo dall'un lato e dall'altro, cioè *bona gratia* [1]. O così forse fu il primo per volontà bilaterale? Od, al contrario, il primo per volontà unilaterale? Forse il vincolo religioso del giuramento e il civile desiderio, e quasi civile dovere, di aver prole vinsero davvero in quel caso, e la prima volta in esso, l'affetto coniugale, e spinsero pur riluttanti i coniugi o l'uno de'coniugi, cioè il marito, al divorzio? Ossia in quel caso per la prima volta crudamente e precisamente si affermò quel conflitto? [2] O, per avventura, i censori medesimi vollero indurre al divorzio, mediante quel giuramento e per la prima volta a tal uopo imponendolo, appunto Carvilio? [3]

Ma forse, invece, fu quel motivo religioso e civile un pretesto, una ipocrisia e, con essa, un'irrisione capziosa alla formula censoria; la prima volta allora commessa, e che fu perciò odiosa al popolo, e condannata dalla coscienza comune, e di poi tradizionalmente? Mentre il vero movente dovè essere il talento di sbarazzarsi di quella donna e passare ad altra? [4] Oppure il più

[1] L. C. HASSE, *Das Güterrecht der Ehegatten nach röm. Recht*, I Bd, Berlin 1824, pag. 135; e lo Hasse chiama quella la prima *Verstossung*, ossia discacciamento, ripudio.

[2] A. VANNUCCI, *Storia dell' Italia antica*, Milano 1873-76, vol. II p. 761 nota *a;* dove cita anche 'LABOULAYE, *Sur la condition civ. et polit. des femmes*, II, 5.

[3] RAMOS DEL MANZANO *Ad L. Iul. et Pap.* Lib. 1 cap. 5 § 5 nel MEERMANN *Nov. Thes.* Tom. 5 pag. 64, Hagae-Comitum, 1752. È questa la opinione, che il SAVIGNY più propriamente combattè, e che egli scorgeva dover esser stata già di Gellio medesimo, come si avrà a riconsiderare.

[4] SAVIGNY, *o, c.*, che vide in quel giuramento il consueto giuramento nel censo, come pur meglio si vedrà poi.

vero movente potrebbe pensarsi esser stato l'interesse, l'avidità e avarizia del marito, che volea per sè i beni della moglie, sicchè respingeva lei e tratteneva quelli [1], onde allora fu primamente sentito il bisogno di provvedere in simili casi alla loro restituzione colle *cautiones* e l' *actio rei uxoriae?* Od ecco, sia per codeste cagioni or accennate, sia per altre diverse o concorrenti, ad ogni modo appunto quello fu il primo caso, che fece sentire il bisogno di tali mezzi e rimedi circa la dote, e che quindi li suscitò, sicchè essi di là seguirono [2]; di là dunque veramente movendo lo svolgimento pieno del più vero diritto dotale? E forse fu altresì il primo caso di *cautio*, oppure di *actio rei uxoriae*, concessa e adoperata? D'allora in poi s'intende che ne sarebbero rimaste le regole di diritto relative alla restituzione della dote, col sistema delle retenzioni, strettamente connesse nel loro stesso sviluppo al diritto dei divorzi; sicchè poi tanto più facilmente si potè forse trasportare al divorzio ciò ch'era solo del diritto dotale, ossia si poterono tenere i due istituti come nati anche ad un tempo.

E modificava con una congettura sua la spiegazione del Savigny A. F. Berner, *De divort. apud Rom.*, Berol. 1842, pag. 38-46; ritenendo il Berner che il giuramento fosse imposto dai Censori a Carvilio, ancor celibe, per indurlo al matrimonio, e ve lo inducesse infatti, ed egli poi divorziasse per la sterilità pretestando il giuramento; il che pure meglio si vedrà in seguito.

[1] * Osenbrüggen, nella *Zeitschr. f. Alterthumswiss*, 1838, p. 306 e seg.

[2] G. Hugo, *Rom. Rechtsgesch*, Berlin, 1832, pag. 148-149 nota 3; ed altri. Secondo l'Hugo nulla prova che Dionigi e Valerio, come già Servio, considerassero il carviliano come esempio assolutamente primo di divorzio.

La quale ultima opinione, dell' esser state allora o di là le prime *cautiones* e la prima *actio rei uxoriae* (anzichè esser stato quello il primo divorzio), evidentemente può bene cumularsi con qualche altra delle opinioni premesse in un' unica, complessa e più adeguata spiegazione. Così il Rein riuniva parecchie delle accennate scrivendo: « verosimilmente Carvilio fu il primo che non si divorziò per una delle cause legislativamente ammesse, ma per la sterilità, giustificandosene però con apparente religiosità; e forse anche l' interesse fu in giuoco, cioè per ritenere la dote, dacchè... solo dopo che Carvilio ebbe divorziato, *cautiones rei uxoriae* sarebbero state necessarie: e poichè queste di là datarono, acquistò il divorzio carviliano una speciale celebrità, donde l' errore posteriore può tanto meglio spiegarsi »[1]. Ed altri pensò che quello potrebbe pur esser stato il primo divorzio fatto senza il *iudicium domesticum*, o senza il consiglio dei parenti, o più in generale il parere degli amici.[2] O fu il primo che fosse messo in pubblico per l' una o l' altra delle circostanze venutesi rilevando? E fors' anco, infine e senza tutto ciò, può figurarsi potesse apparire quel divorzio il primo soltanto per questo: che pochi e poniamo pure mal ricordati essendo stati prima di esso gli scioglimenti dei coniugii in Roma, al contrario da quel momento storico, cui con quel divorzio memorabile si

[1] *O. c.*, pag. 452.

[2] KLENZE, *Die Freiheit der Ehescheid. nach älterm röm. Rechte*, nella *Zeitschrift für gesch. Rechtswiss.*, VII, p. 23-41, 1831.

potè e si usò poi tradizionalmente segnare, in avanti vi diventarono ognora più frequenti e facili e perfino licenziosi, singolarmente almeno in certe classi sociali. Il quale mutamento però fu certamente prodotto da tutto un complesso di cagioni e condizioni nella vita civile di Roma; ed accompagnato pur da tutto un complesso, pressochè ad esso simultaneo e più o men collegato, di mutamenti e sviluppi negli ordini civili e giuridici, in ispecie circa i costumi e la famiglia; ed infine susseguito pur da tutto un complesso di conseguenze ed esplicazioni, principalmente d'istituti giuridici congiunti, ed in vari rapporti ed in varie direzioni.[1] Sicchè fors'anco, ben si ha dinanzi il fatto, ma senza potersi, o troppo male potendosi, additare uno od altro elemento siccome l'elemento nuovo e capitale, che lo provocasse o vi si trovasse compreso o ne scaturisse, e da cui proprio dipendesse quella sua fama tradizionale. Forse che non v'erano state prima d'allora regole certe e complete in proposito[2]. O forse che, soltanto, gli scrittori posteriori non ricevettero nè trovarono memoria di alcun altro divorzio anteriore al carviliano.[3] Colla quale ultima supposizione però si ricadrebbe facilmente nelle discussioni già toccate, sì pel tempo di

[1] Cfr. GUERARD, *Essai sur l'hist. du droit privé des Rom.*, Paris 1841, pag. 456; ed altri.

[2] A. BECHMANN, *Das röm. Dotalrecht*, Erlangen, 1863-67, I, § 18, pag. 68 e seg.

[3] K. WÄCHTER, *Ueber Ehescheidungen bei den Römern*, Stuttgart, 1822, pag. 87.

esso e sì d'altro lato per la valutazione d'altre notizie, che invece sarà fatta più innanzi. [1]

E appena poi sarebbe da ricordare, come più semplicemente altri abbia senz'altro affermato che per errore quel divorzio fu detto o tramandato come il primo, senza cioè fermarsi a cercare qualche spiegazione dell'erronea credenza supposta.

Dopo la quale rassegna compendiosa, subito si noti come ciascuna di queste diverse spiegazioni consista in somma nel cogliere e rilevare sopratutto una od altra di quelle stesse particolarità, che già si trovano nelle antiche testimonianze o che se ne possono argomentare; solo, fissandosi però ciascuna sopra di una particolarità o sù più insieme, ed astraendo quasi dal resto. Da ciò ed in ciò stesso seguendo ch'esse siano tutte unilaterali e parziali, o non abbastanza compiute e non abbastanza

[1] E lascio qualche proposta speciale. Così il DE LUCA TRONCHET, *Del matrimonio e della sua indissolubilità presso gli antichi romani*, Rovigo 1844 (della qual memoria potei procacciarmi non la stampa ma il manoscritto) suppose, solo di Grecia aver imparato e solo nelle XII tavole aver Roma sancito coi matrimoni *coemptione* ed *usu* anche la dissolubilità delle nozze, già ad essa ignota, o il repudio e il divorzio, cui però i costumi avrebbero resistito fino all'esempio, che fu primo, di Carvilio.

Del resto, si potranno anche confrontare questi scrittori, nelle opinioni di alcuni de' quali qualche sfumatura particolare potrà pur notarsi e non mancherà che se ne tenga conto a suo luogo: GLÜCK, *Erläut d. Pand.* vol. 25, pag. 454 e seg., vol. 26 pag. 310, 1824; ZIMMERN, *Gesch. d. r. R.* I, § 154, 1826; WALTER, *Gesch. d. r. R.* II, § 522, 1860; DANZ, *Lehrb.* I, § 96, 1871, KUNTZE, *Cursus*, § 777, 1879; ESMARCH, *R. Rechtsgesch.*, p. 106, 1880; e il VOIGT si verrà ricitando; BRETON, *Du divorce en dr. rom.*, pag. 18, 1876; MAYNZ, *Cours*, III, pag. 68-69, 1877; MUIRHEAD, *Hist. introd. to the priv. Law of Rom*, pag. 248, nota 1, Edimburgh, 1886; SCHUPFER, *Fam. rom.* p. 166, 1876; CENERI, *Ius familiae*, pag 110, 1881; etc., etc.

penetranti; e seguendo ancora che, in quanto prescelgano un lato od altro su cui appoggiarsi e da far campeggiare, esse inoltre siano per gran parte congetturali. Ma insieme, d'altro lato, in quanto il punto od i punti, a cui si appigliano o da cui muovono, sono testuali, esse sono tutte, almeno parzialmente, fondate e possono contenere parte di vero e non si debbono veruna trascurare. Ed altresì, in sostanza, si possono acconciamente una ad altra congiungere: la più parte anzi delle stesse particolarità testuali sembrano di per sè ed a vicenda richiamarsi, e collegarsi e comporsi insieme naturalmente. Perciò (come notai) pur in molti degli scrittori citati le enumerate spiegazioni si trovano, non così divise come ho qui voluto ritrarle, bensì fra loro intrecciate e accumulate; soltanto accentuandosi, di nuovo, da ciascun scrittore o più l'uno o più l'altro elemento. Più importante poi, insieme a tutto ciò, che quelle diverse circostanze medesime sembrano accennare ad un fondamento comune; quasi da esso tutte emergano; e quasi tendano a ricondurvisi, quale maggiore o più interna circostanza, di cui esse non siano che manifestazioni e quasi facce od aspetti, e cui si trattasse dunque di dover afferrare.

Ma non uscendo ancora da questo riferimento, fra gli studi indicati, merita una particolare menzione e attenzione quello del Savigny; sia per sè, sia per l'importanza determinante, che ha avuta sugli altri di questo secolo. Non solo, infatti, il Savigny con esso riconduceva anche su questo punto di storia giuridica la ricerca e

la discussione a quello schietto, illuminato e sicuro metodo storico, che fu sua gloria speciale. Ma più, quanto alla sostanza, bene vi richiamava siccome a punto capitale alla formula « *uxorem se liberorum quaerendorum causa habere* » ed al giusto concetto di essa e del giuramento che l'accompagnava. « Uti mos erat » (dic'egli con parole usate da Gellio stesso altrove), nella rassegna censuale « censor adigebat de uxoribus solemne iusiurandum »[1]; e la risposta giurata si facea appunto con quella formula. La quale attestava soltanto che il dichiarante avea una *uxor*, viveva in matrimonio, non in concubinato; nulla più. Or Carvilio l'avrebbe volta a pretesto giustificante il divorzio. Del resto, non proponevasi (ch'io vegga) in tale studio il Savigny la precisa questione, se veramente quel divorzio fosse il primo in Roma, o come poi passasse pel primo; nè diceva parola espressa proprio sul proposito. Ma la detta sua spiegazione, della formula e del fatto, ben potendo senz'altro valere anche come spiegazione dell'allegata priorità; e non potendo escludersi ch'egli così la intendesse, bench'egli intitolasse il suo scritto senz'altro « *sul primo divorzio in Roma* » e prendesse senz'altro quali sono le antiche testimonianze sul punto.[2] Certo

[1] *Noct. Att.* IV, 20, 3. — Veggasi SAVIGNY, *o. c.* pag. 84. — Cfr. MOMMSEN, *Röm. Staatsrecht*, II, 1, Aufl. 2, Leipzig, 1877, pag. 361, nota 2.

[2] Così infatti ne scriveva ZIMMERN: « Ist wirklich erst um das Jahr der Stadt 520 durch Carvilius Ruga das Beispiel der ersten Scheidung in Rom gegeben worden? Gestützt auf das einstimmige Zeugniss der Alten, hat Savigny keinen Anstand genommen, diese Frage zu bejahen, und suchte nur über das Factum selbst eine richtigere Ansicht zu geben.... ».

è che in codesto senso essa in appresso comunemente fu intesa ed allegata e seguita, come già può vedersi dal Rein; onde io stesso in tale senso l'ho già di sopra a dirittura citata.

E nelle spiegazioni fin qui ricordate è fatta astrazione da un qualche nesso o rapporto, che quella notizia del primo divorzio o più ancora il fatto in sè di Carvilio potessero avere colla distinzione dei matrimoni romani nelle due loro specie, *cum manu* cioè e *sine manu*. Ora, pertanto, restano da passare in esame altre spiegazioni, che appunto a quella distinzione in una od altra guisa si richiamano; e che tentano così di ricollegare quel fatto o quella notizia ad una condizione o ad una mutazione più importante, profonda e complessa, e nondimeno pur ben precisa e determinata, nel diritto famigliare romano.

6. La più parte, invero, degli scrittori non considera nemmeno se quel divorzio di Carvilio debba essere avvenuto in un matrimonio *cum manu* o per contrario *sine manu*. Oppure, taluno lo assegna senz'altro a matrimonio *cùm manu*; e taluno senz'altro a *sine manu*. Ma ecco, invece, che parecchi fecero la distinzione al proposito più attentamente, e ne toccarono, quantunque in genere con qualche indeterminatezza.

Il Niebhur, dopo aver detto al tutto inammissibile,

Veggasi nel libro citato: NEUSTETEL UND ZIMMERN, *Römrechtl. Untersuch.* I, Heidelberg, 1821, *Ueber die erste Ehescheidung in Rom.*, pag. 332-5. E citava tosto lo Zimmern la opinione di Hugo, divergente dal Savigny, discorrendo poi di entrambe.

favolosa, nata da equivoco la notizia che Carvilio fosse il primo a divorziare, e dopo fatti acuti rilievi in relazione al tema, continuava così. « Ma si è confuso *repudium* e *divortium*: e il vero motivo dello scioglimento tardi introdotto de' matrimoni più proprii dev'esser stato in questo, che evidentemente dovè essere molto difficile di trovare una via per togliere di mezzo la *conventio in manum.* »[1] Lo Schenk faceva cominciare da quel divorzio carviliano la nuova specie di matrimonio e cioè libero, il *matrimonium tantum*, in luogo dell'antica *conventio in manum*; e però in un coi divorzi e col diritto loro e coll'efficacia riflettente il sistema dotale.[2] E il Wächter, dopo accennato le varie circostanze onde quel caso potè essere singolare, accentua in modo speciale che « soltanto da allora in poi il proprio *ius divortiorum* ebbe il suo sviluppamento », in ispecie per determinazioni sulla restituzione della dote, ed altro.[3] Più addentro e preciso il Göttling, dopo aver respinta l'attendibilità di quella notizia, citando e il caso di L. Annio del 447 in Valerio Massimo e la disposizione che sullo scioglimento del coniugio dev'esser stata nelle XII Tavole, aggiungeva: « pure, in un certo senso può sussistere assai bene la verità di entrambi i fatti. E invero per tale scioglimento i

[1] B. G. Niebhur *Röm. Geschichte*, n. Ausg. von M. Isler, Berlin, 1873, Bd. III, p. 310.

[2] E. Schenk, *Das Recht der Dos vor Iustinian*, Landshut, 1812, p. 21 e seg.

[3] K. Wächter, *Ueber Ehescheid. bei den Römern*, p. 87, già citato.

romani hanno due espressioni capitali, *divortium* e *repudium*..... Se noi consideriamo che *divortium* etimologicamente è appunto il contrario di *conventio* e che Gellio dice di Carvilio aver egli fatto un *divortium* e proprio *de amicorum sententia*, mentre Valerio Massimo di L. Annio aver egli dato un *repudium*; sembra che appena si potrebbe respingere il supposto, che *divortium* fosse propriamente la dissoluzione del matrimonio *cum manu* (specialmente della *coemptio*), *repudium* del matrimonio *sine manu* e del *despondere*, e solo più tardi le due parole siano state adoperate pel medesimo atto, cioè quando il matrimonio *cum manu* a poco a poco uscì d'uso ». [1] Mentre il Tigerström, proprio in riguardo ai matrimoni *sine manu*, e alla loro relazione con quelli *cum manu* nei primi secoli di Roma, sembra prestar fede alla notizia che il divorzio carviliano fosse il primo; ciò accennando dopo ritenuto la possibilità, come sempre esistita, nei matrimoni *sine manu* della dissoluzione per comune consenso, e non invece a loro applicabile la unilateralità di quelli *cum manu*. [2] Ed altri accenni più generali si potrebbero notare in qualche altro scrittore, sia a distinguere per lo scioglimento i matrimoni liberi da quelli *cum manu*; sia ad adombrare una qualche diversità, o in ordine a quelle due specie di matrimoni od anche no, fra *repudium* e *divortium;* ed almeno a

[1] GÖTTLING, *Geschichte der röm. Verfassung*, Halle, 1840, p. 99-100.

[2] TIGERSTRÖM, *Die innere Geschichte des röm. Rechts*, Berlin, 1838 § 138, pag. 452.

riconoscere una diversa condizione di cose e un grave trapasso dagli uni matrimoni agli altri: ma accenni vaghi e fuggevoli e lievi, più di quelli qui indicati; e d'alcuni, del resto, dovrà riparlarsi.

Più determinatamente invece e più addentro di tutti i citati toccava sotto tal luce il tema Carlo Czyhlarz; sì che merita particolare attenzione. La cessazione del coniugio per scioglimento volontario, egli dice (e adopera veramente la generica espressione tedesca « durch Scheidung », siccome l'adoperano senz'altro anche gli altri scrittori tedeschi), « fu sempre ammessa; il che già è manifesto da ciò, che dalla tradizione è ricondotto a dirittura ad una supposta legge di Romolo il diritto relativo al divorzio »; ed io vorrei tradurre « allo scioglimento volontario dei coniugii ». Che di più, continua egli, « divorzi (Scheidungen) fin dal tempo antico e proprio, in ispecie, prima del sesto secolo fossero avvenuti, non è da dubitare, non ostante il racconto di Gellio, che dà per primo il divorzio di Spurio Carvilio Ruga; dacchè divorzi già prima di questo tempo sono attendibilmente attestati »; e cita il caso di L. Annio in Valerio Massimo. « Ma quei divorzi del tempo più antico hanno questo di speciale, che solo per grave trascorso della donna seguivano, e che il diritto di divorziare spettava unicamente al marito. Egli nel *domesticum iudicium* colla maggioranza del consiglio formato degli amici della casa, conosce del motivo del divorzio e pronunzia il divorzio, *cosicchè questo si presenta quale uno scacciamento della donna* »; « *als*

eine Verstossung der Frau » è la frase dello Czyhlarz, che potrebbesi dunque tradurre bene con « ripudio ». « Solo allora, in seguito di tale pronunzia, avviene l'emancipazione della donna dalla *manus*, alla quale qui dobbiam pure riferirci, e così il divorzio è definitivamente compiuto. Con che la donna esce dalla famiglia del marito, senza però che debba avere alcuna giuridica pretesa sul patrimonio da lei arrecato o sulla dote data per lei. La donna è semplicemente ridotta a ciò, che il marito nel ricordato *domesticum iudicium* le assegni, senza che qui possa pensarsi ad una vera pretesa giuridica, mentre quest' assegno ha solo il carattere di un assegno spontaneo. E questo risultato null' affatto ha di sorprendente per l' antico diritto; poichè qui il presupposto si è che abbiamo da fare con una donna colpevole, la quale s' è giuocata con un grave trascorso la sua posizione nella casa del marito e con essa anche il suo sostentamento, e che quindi non era per certo in istato di derivare da ciò una vera pretesa giuridica di fronte al marito per la restituzione della dote o del patrimonio da lei arrecato ». Così nell' antico matrimonio *cum manu* era al tutto acconciamente provveduto; nè nella severa moralità d' allora eran necessarie *cautiones*, nè una speciale *actio rei uxoriae;* mentre poi la donna nel caso di divorzio non meritava alcun riguardo: dò sempre il pensiero dello Czyhlarz.

Ma, prosegue pure lo Czyhlarz, « ciò si mutò, quando nel sesto secolo della città per la sopravveniente decadenza de' costumi incominciarono anche i divorzi

frivoli e divennero sempre più frequenti. Siccome il divorzio di Spurio Carvilio Ruga ci mostra [1], il qual divorzio secondo la tradizione dev' essere considerato per il primo divorzio frivolo [2], un simile divorzio poteva in tutto essere condotto colla osservanza delle forme ricevute; poichè anche quel divorzio giusta il racconto di Gellio fu fatto mediante una pronunzia del *domesticum iudicium*, sebbene alla donna non potesse essere apposta la menoma colpa. Da allora in avanti fu a dirittura incomportabile di lasciare la donna, la quale dal marito poteva essere arbitrariamente scacciata, anche pei mezzi del suo ulteriore sostentamento e provvedimento, siccome fin a quel tempo, alla discrezione del marito. Giacchè la donna era entrata nel matrimonio colla sicura aspettazione di trovarvi uno stabile provvedimento, ed ora in tale aspettazione non poteva essa senza sua colpa venir delusa: era dunque semplicemente giusto, che ora in tal caso le fosse anche data la possibilità di ottenere dal marito la restituzione del patrimonio, ch'essa gli aveva apportato. Infatti è appunto anche in Gellio posto in connessione con questo divorzio lo svolgimento dell'*actio* e delle *cautiones rei uxoriae*, quindi dell'intero diritto dotale

[1] Anche lo Czyhlarz, come in nota aggiunge, lo pone, dietro al Voigt, nel 523 dell'êra varroniana; o ad ogni modo, soggiunge, accadde esso nel secolo sesto, « il cui carattere è manifesto dalle leggi Oppia (539-559) e Voconia (585) ».

[2] E in nota ricorda come avvenne per sterilità della donna; e quanto a ritenerlo come non assolutamente il primo, rimanda a quanto sopra se n'è pure riportato.

proprio, chè entrambi tali mezzi giuridici son ricondotti al medesimo avvenimento ».

Al che lo Czyhlarz segue ancora osservando come, secondo lui, « questa connessione dell' *actio rei uxoriae* col divorzio, quale innegabilmente ne risulta, è però davvero intima soltanto *se noi a quel tempo riteniamo ancora come regola il matrimonio cum manu;* il che alle circostanze di tempo non contraddice. Posto pure che il matrimonio libero fosse possibile già al tempo delle XII Tavole, certo esso ancora per lunga pezza non fu la regola, e ben soltanto lo divenne verso la fine della repubblica. Solo nel presupposto del matrimonio *cum manu* è concepibile che appunto il divorzio abbia dato l' impulso allo svolgimento dell' azione dotale; poichè nel matrimonio libero già alla naturale sua cessazione per la morte del marito quell' azione avrebbe dovuto apparire necessaria ». Dell' ultima condizione per morte, lo Czyhlarz ha prima parlato; ed io dovrò parlare in seguito. Qui piuttosto si avverta (come fa in nota lo Czyhlarz), che quell' azione naturalmente nei matrimoni *cum manu* non potea aver luogo che dopo lo scioglimento del matrimonio, dopo l'emancipazione della donna; talchè, adunque (dic' egli), « il rapporto di podestà stabilito dalla *manus* non può in alcuna guisa contrastare al mio supposto ». [1]

Ed a queste osservazioni, considerazioni ed opinioni, importantissime e gravi, altre pure ne seguono nello

[1] K. Czyhlarz, *Das röm. Dotalrecht*, Giessen, 1870, § 7 pag. 37, e § 8 pag. 38 e seg.

Czyhlarz stesso, che più innanzi si ricorderanno. Su queste intanto io non posso ancora dire se e quanto io consenta, od invece dissenta; ciò verrà in seguito. Però queste appunto sono già più che a sufficienza, e ben acconciamente e seriamente messe innanzi, per far toccare con mano come non si possa tentare quel nodo storico dell'asserito primo divorzio di Carvilio, senza risalire al diritto, che relativamente agli scioglimenti volontari de' coniugii esisteva in Roma prima ch' esso avvenisse e quando avvenne. O, meglio, senza rendersi il miglior conto possibile dell' intero momento storico, specialmente in ordine al diritto famigliare, in mezzo al quale esso secondo la tradizione sarebbe accaduto; chè in mezzo ad esso soltanto può anche quel fatto apparire nella sua più vera luce; e già in questo intero momento, o per questo solamente, può aversi la sua più schietta intelligenza e spiegazione.

Ora, dunque, a codesto passando io voglio fin d'ora professare, quel che del resto ciascuno vedrà facilmente, com' io vi farò tesoro in modo particolare delle eruditissime ricerche e risultanze, che Maurizio Voigt ha esposte ne' suoi lavori [1], per tutto quanto riguardano il presente tema.

7. Pel diritto, a dir così, precarviliano degli scioglimenti dei coniugii in Roma le testimonianze sono

[1] *Die Lex Maenia de dote*, cit., Weimar, 1866; — *Ueber die Leges regiae* cit., Leipzig, 1876-77; — *Die XII Tafeln*, Leipzig. 1883: — ed anche del suo *Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer*, Leipzig, 1856-76, verrò giovandomi.

pur tanto antiche quanto pel divorzio di Carvilio; ed esse poi si riferiscono in proposito fino ai primordi di Roma: mentre, d'altro lato, stanno in quella stretta connessione, che si vedrà, colla notizia stessa del divorzio carviliano.

È, infatti, ancora Dionigi ed in quel tratto medesimo che poi termina colla notizia del primo divorzio, è ancora Dionigi, che ci ragguaglia sul più antico diritto romano circa le dissoluzioni dei matrimoni. Egli espone ivi appunto tutto il diritto coniugale romuleo, e però primordiale, originario, proprio de' primi cittadini di Roma, o meglio de' suoi conditori: lo espone così, che meglio non si potrebbe riassumere che colle sue stesse parole. Già nei capi precedenti Dionigi avea espresso quanto grandemente egli ammirasse gli ordinamenti romulei; e, venendo alla famiglia, avea accennato come diversamente dai legislatori, ossia dai diritti, degli altri popoli essa vi si trovasse disciplinata e governata. Pertanto, al principio del capo sopra citato continua dicendo: « Romolo, nè dando al marito azioni contro la moglie tratta in adulterio o che abbandonasse senza giusto motivo la casa, nè alla moglie la quale imputasse al marito maltrattamento o di abbandonarla senza una giusta cagione, nè ponendo leggi su la restituzione o l'apporto della dote, nè altre delle cose prossime a queste determinando, nè alcunchè di simile; ma una sola legge intorno a tutto ciò bene accomodata, come il fatto stesso dimostrò, stabilendo; a buon ordine e molta castigatezza condusse le donne. E la legge era

tale: la donna divenuta moglie, se congiuntasi per nozze sacre all'uomo, esser socia di tutte le ricchezze e le cose sacre ». Al che seguita Dionigi spiegando come gli antichi chiamassero nozze sacre e legittime (νομίμους) quelle per confarreazione; e come il farro fosse dai romani tenuto pel più antico prodotto, quale dai greci l'orzo, e da esso cominciassero ogni sacrificio col fuoco. Indi soggiunge: « rimane infatti ancora, nè si volse a più dispendiose offerte il costume. L'esser fatte pertanto socie del più sacro e insieme primo alimento le donne ai mariti, e congiunte nell'intera fortuna, aveva l'appellativo della comunione del farro, e conduceva a vincolo necessario di famigliarità indissolubile, e cosa che potesse disciogliere tali coniugii non v'era. Siffatta legge costrinse le donne, una volta mogli, siccome del resto non aventi altro rifugio, a vivere ad un sol modo, al modo del marito, e gli uomini ad imperare su la donna come su acquisto necessario e che non può essere tolto ». E qui seguono parole, ov'è descritta la moglie come padrona della casa, ed altresì come *heres sua* al marito nella guisa stessa che una figlia; alle quali parole tien dietro quest'altro passo. La donna « però peccando in qualcosa si aveva giudice l'offeso e padrone della gravezza della punizione. Di tali cose invero i congiunti insieme col marito giudicavano; fra le quali era la violazione della persona e, quel che ai greci parrebbe esser di tutti i peccati il minimo, se una donna fosse stata trovata bevendo vino. Entrambe infatti queste cose permise Romolo di

punire colla morte, come gli estremi dei falli femminili; la corruzione reputando principio di demenza, e l'ebrietà di corruzione. E per molto tempo entrambe queste cose presso i romani durarono ad incontrare inesorabile ira ». [1] Ed ecco infine che Dionigi in conferma appunto della bontà di tale ordinamento, conchiude colla notizia del primo divorzio, avvenuto, secondo il suo racconto, solo sì tardi.

Di riscontro, è pure Plutarco che, raccontando del pari delle istituzioni di Romolo secondochè erano tra-

[1] II, 25: « Ὁ δὲ Ῥωμύλος οὔτ' ἀνδρὶ κατὰ γυναικὸς ἐγκλήματα δοὺς φθαρείσης ἢ τὸν οἶκον ἀδίκως ἀπολιπούσης, οὔτε γαμετῇ κατ' ἀνδρὸς αἰτιωμένῃ κάκωσιν ἢ ἄδικον ἀπόλειψιν, οὔτε περὶ προικὸς ἀποδόσεως ἢ κομιδῆς νόμους θεὶς, οὔτ' ἄλλο τῶν παραπλησίων τούτοις διορίσας οὐδ' ὁτιοῦν, ἕνα δὲ νόμον ὑπερ ἁπάντων εὖ ἔχοντα, ὡς αὐτὰ τὰ ἔργ' ἐδήλωσε, καταστησάμενος, εἰς εὐκοσμίαν καὶ πολλὴν σωφροσύνην ἦγαγε τὰς γυναῖκας. Ἦν δὲ τοιόσδ' ὁ νόμος, γυναῖκα γαμετὴν, τὴν κατὰ γάμους ἱεροὺς συνελθοῦσαν ἀνδρὶ, κοινωνὸν ἁπάντων εἶναι χρημάτων τε καὶ ἱερῶν..... Μένει γὰρ ἔτι καὶ οὐ μεταπέπτωκεν εἰς πολυτελεστέρας ἁπαρχὰς τὸ ἔθος. Τὸ δὴ κοινωνοὺς τῆς ἱερωτάτης τε καὶ πρώτης τροφῆς γενέσθαι γυναῖκας ἀνδράσι, καὶ ἐπὶ τῇ ὅλῃ συνελθεῖν τύχῃ, τὴν μὲν ἐπίκλησιν τῆς κοινωνίας τοῦ φαρμὸς εἶχεν, εἰς σύνδεσμον δ' ἀναγκαῖον οἰκειότητος ἥρεεν ἀδιαλύτου, καὶ τὸ διαιρῆσον τοὺς γάμους τούτους οὐδὲν ἦν. Οὗτος ὁ νόμος τὰς τε γυναίκας ἠνάγκασε τὰς γαμετὰς, οἷα δὴ μηδεμίαν ἐχούσας ἑτέραν ἀποστροφὴν, πρὸς ἕνα τὸν τοῦ γεγαμηκότος Ζῆν τρόπον, καὶ τοὺς ἄνδρας ὡς ἀναγκαίου τε καὶ ἀναφαιρέτου κτήματος τῆς γυναικὸς κρατεῖν..... Ἁμαρτάνουσα δέ τι δικαστὴν τὸν ἀδικούμενον ἐλάμβανε καὶ τοῦ μεγέθους τῆς τιμωρίας κύριον. Ταῦτα δ' οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐδίκαζον· ἐν οἷς ἦν φθορὰ σώματος καὶ, ὃ πάντων ἐλάχιστον ἁμαρτημάτων Ἕλλησι δόξειεν ἂν ὑπάρχειν, εἴ τις οἶνον εὐρεθείη πιοῦσα γυνή. Ἀμφότερα γὰρ ταῦτα θανάτῳ Ζημιοῦν συνεχώρησεν ὁ Ῥωμύλος, ὡς ἁμαρτημάτων γυναικείων ἔσχατα· φθορὰν μὲν ἀπονοίας ἀρχὴν νομίσας, μέθην δὲ φθορᾶς. Καί μέχρι πολλοῦ διέμεινε χρόνου ταῦτ' ἀμφότερα παρὰ Ῥωμαίοις ἀπσραιτήτου τυγχάνοντ' ὀργῆς... (At Romulus, cum neque viro actionem concessisset contra uxorem, quae stuprum passa esset, aut quae iniuste domum reliquisset; neque uxori, quae maritum rei male administratae aut iniusti repudii accusaret; neque de dote restituenda aut afferenda ullas prorsus

mandate, scrive. « Fra altre ordinazioni una ne fece, forse troppo dura, che non fusse lecito alla moglie lasciare il marito, ma potesse il marito ripudiar la moglie, quando avesse avvelenati i figliuoli, falsificate le chiavi, o commesso adulterio ; e se per altra cagione si rimandasse, la metà dei beni ricadesse alla moglie, e l'altra parte fusse consacrata alla Dea Cerere; e che il marito ripudiando la moglie sacrificasse agl' Iddii terrestri ». [1] E Plutarco medesimo in altro luogo, men osservato, là dove parla dei provvedimenti di Numa,

leges tulisset; neque ullam aliam istiusmodi rem determinasset; sed unam tantum legem ad omnia accomodatam (ut ipsa res docuit) constituisset, effecit ut mulieres valde modestae et pudicae essent. Lex autem haec erat, « Mulierem nuptam quae sacratis nuptiis in manum mariti convenerit, cum eo omnium et bonorum et sacrorum participem esse. »..... Ea enim consuetudo adhuc manet, nec ad priscam illam frugalitatem quidquam additum est. Quoniam igitur uxores in sacratissimi et primi cibi omnisque fortunae communionem, ad maritos veniebant, coniunctio ista nomen a farris communione accipiebat: adeoque necessario familiaritatis indissolubilis nexu eos copulavit, ut connubium illud nihil dissolveret. Haec lex coegit mulieres nuptas, utpote quae nullum aliud refugium haberent, ad unius mariti mores vitam suam conformare; ipsosque maritos uxorem ut rem necessariam et a qua nullo modo divelli possent retinere..... Si qua autem in re deliquisset, ipsum qui iniurias passus erat iudicem habebat, poenaeque magnitudinis arbitrum. De his vero delictis cognoscebant cognati cum viro, in quo numero erat ubi violata fuisset pudicitia et (quod omnium peccatorum levissimum Graecis videretur) si quam mulierem vinum bibisse constitisset. Romulus enim utrumque, ut muliebrium delictorum gravissima, morte puniri permisit: quia stuprum desperatae audaciae, ebrietatem vero stupri originem esse iudicavit. Et diu duravit ut hoc utrumque apud Romanos iram mereretur inexorabilem) ».

[1] Ῥωμ.. 22: « Ἐστι δὲ καὶ νόμους τινὰς, ὧν σφοδρὸς μὲν ἐστιν ὁ γυναικὶ μὴ δίδους ἀπολείπειν ἄνδρα, γυναῖκα δὲ δίδους ἐκβάλλειν ἐπὶ φαρμακείᾳ τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ καὶ μοιχευθεῖσαν · εἰ δ' ἄλλως τις ἀποπέμψαιτο τῆς οὐσίας αὐτοῦ τὸ μὲν τῆς γυναικὸς εἶναι, τὸ δὲ τῆς Δήμητρος ἱερὸν κελεύων · τὸν δ'ἀπο-

aggiunge: « Il marito romano avendo figliuoli a bastanza, se era pregato da altro che non n'avesse, si spodestava della moglie, ed era in lui il concederla per sempre o prestarla a tempo per ripigliarla ». E subito dopo continua: il costume romano, era come « una certa vergognosa modestia, la quale coprendosi col velo della stipulazione dello sposalizio, confessava questa comunione di moglie e figliuoli essere insopportabile ». Ed ivi stesso un po' più avanti: « ma Numa ben conservò l'onore e la degnità ch' ebber le mogli a tempo di Romulo; allorchè si studiavano i mariti di osservarle per cagione della rapina: ma nel restante insegnò loro grande onestà, levando ogni curiosità, e avvezzando alla sobrietà, al silenzio, all'astenersi interamente dal vino, a non ragionare eziandio delle cose necessarie senza la presenza del marito » [1].

8. Tali anche qui le testimonianze, che pur giova aver sotto gli occhi. Oggetto anch' esse di lunghe dispute fra i moderni; perfino sul punto, che per lo stu-

δόμενον γυναῖκα θύεσθαι χθονίοις θεοῖς (Leges quoque Romulus nonnullas tulit, ex quibus illa dura est, quae mulieri non permittit discedere a marito, permittit autem marito illam repudiare, vel veneficio sublatis liberis, vel subditis clavibus, vel adulterio admisso. Sin alia de causa domo exegerit eam, partem mariti bonorum attribuit mulieri, partem Cereri consecrari iussit. Qui repudiasset uxorem suam, deos manes placaret) ». Le questioni particolari su questo testo si vedranno e dibatteranno più innanzi.

[1] Aux. καὶ Νομᾶ Σύγκρ. 3: « .... ὁ Ῥωμαῖος μὲν ἀνὴρ ἱκανῶς ἔχων παιδοτροφίας, ὑφ' ἑτέρου δὲ πεισθεὶς δεομένου τέκνων, ἐξίστατο τῆς γυναικὸς, ἐκδόσθαι καὶ μετεκδόσθαι κύριος ὑπάρχων....., ἐκεῖνα δὲ, ὥσπερ αἰσχυνομένη ἀτυφία τις, παρακάλυμμα τὴν ἐγγύην ἐφελκομένη καὶ τὸ δυσκαρτέρητον ἐξομολογουμένη τῆς κοινωνίας.....,.. Ὁ δὲ Νομᾶς ταῖς γαμεταῖς τὸ μὲν ἀξίωμα καὶ τὴν τιμὴν ἐτήρησε πρὸς τοὺς ἄνδρας, ἣν εἶχον ἀπὸ Ῥωμύλου θεραπευόμεναι

dio presente è capitale, della dissolubilità o, per contro, indissolubilità dei primi matrimoni romani; oltrechè sopra alcune particolarità. Già, di vero, una grave discordanza fra le parole di Dionigi e quelle di Plutarco si sarà avvertita; e così una qualche dubbiezza, che certe espressioni di Dionigi, anche per sè sole, possono lasciare circa il lor proprio significato.

Però, innanzi a tutto, vuol essere riconsiderato in sè stesso, con mente la più libera e schietta, il passo di Dionigi. Vuolsi cercar di colpire le antiche memorie, che vi sono serbate, in tutto il lor senso più che possibile esatto e in tutto il colore (se mi è lecito dire) del tempo, o piuttosto del periodo storico, cui si riferiscono e cui esse pel nostro istituto ritraggono. Dovendosi del resto tenere, fino a ferma prova in contrario, che esse lo ritraggano, almeno nella parte sostanziale, e ce lo ripetano quasi al modo di uno specchio o di un'eco abbastanza fedeli comechè per via di rifrazione o di ripercussione indirette e lontane.

διὰ τὴν ἁρπαγήν· αὐτῷ δὲ πολλὴν ἐπέστησεν αὐταις καὶ πολυπραγμοσύνην ἀφεῖλε καὶ νέμειν ἐδίδαξε καὶ σιωπᾶν εἴθισεν, οἴνου μὲν ἀπεχομένας τὸ πάμπαν, λόγῳ δὲ μηδὲ ὑπὲρ τῶν ἀναγκαίων ἀνδρὸς ἄνευ χρωμένας. (...apud Romanos maritus si liberorum satis sustulisset, persuasus ab alio prolem desiderante uxorem suam ei concedendi et recuperandi ius habebat..... contra in Numae lege locum esse verecundae et ab omni fastu remotae humanitati, quae pudoris velandi causa desponsionem secum ducat, testeturque societatem alias eam esse intolerabilem.... At Numa uxoribus ea dignitate et honore quem a viris, propter raptum iis blandientibus, Romuli permissu habebant, integro relicto, verecundiam magnam imposuit, curiositate interdixit, sobrietatem et silentium praecepit, ita quidem ut vino abstinerent prorsus, verba autem ne de necessariis quidem rebus absente viro facerent) ».

Sopra tutto poi e ad ogni modo, si vuol imprendere tale considerazione ben attendendo prima a spogliarsi e, se fosse possibile, interamente d'ogni riferenza alla vita, agl'istituti, alle cose o nostre presenti o non abbastanza antiche. Chè altrimenti la veduta rimarrebbe preoccupata e offuscata dal pregiudizio peggiore: preoccupazione, del resto, la più difficile a cancellare davvero dall'animo nostro od a comprimere per un momento; tanto l'animo ne è in tutto, per la lunga e natìa tradizione, profondamente informato ed incalzato a ogni tratto, n'è almeno indirizzato ed indotto, anche quando meno si crede e senza che pure ce n'accorgiamo. Ogni cura, pertanto, e riflessione continua a codesta libertà e sincerità non sarà mai soverchia.

E or dunque facendoci al passo di Dionigi, si dee ben ponderare per prima cosa, come a sua volta Dionigi stesso vivesse e radunasse quelle vecchiè memorie in un tempo già troppo lontano e fra condizioni di vita già troppo profondamente diverse dalle primitive di Roma. Diverse, dico, in Roma medesima, dov'egli dimorando ricercò quelle memorie e dove scrisse.

A Roma infatti stette Dionigi dal 724 della città in avanti, per circa 22 anni: e così sotto Augusto. Era appunto il momento (mi sia lecito ripeterlo con parole che scrissi altrove), come per troppi segni concorrenti si scorge, che l'antico matrimonio romano al nuovo e libero, l'antica e stretta famiglia civile ad una più naturale già stavano per cedere al tutto il luogo; quell'antica costituzione civile della famiglia sfascian-

dosi, e questa ognor più assettandosi nel nuovo diritto di Roma.[1] Tutto proprio fa credere che allora, almeno nel fatto, i matrimoni liberi già omai tenessero tutto il campo. « Non solo (scrivea anzi il Padelletti) i matrimoni liberi erano divenuti la regola generale, ma la corruzione si era estesa anche alle donne, il divorzio era divenuto frequentissimo e senza alcun freno morale.... »[2] Più particolarmente, in preciso contrapposto a ciò che Dionigi doveva trovare nelle memorie del tempo romano più antico, a ciò ch' ei voleva ritrarre, ecco quanto si vedeva d' attorno, nonchè in quella vita, pur in quel diritto di Roma, in che egli viveva.

Oltre e più che ai costumi corrotti, sottentrati ai severi e pudichi del tempo andato, si guardi alle determinazioni e agl' istituti di diritto. « La conseguenza naturale (continuava il Padelletti) di questa dissoluzione dell' istituto fondamentale della famiglia doveva essere nell' ordine giuridico la cessazione dell' antica autonomia famigliare e l' intervento sempre più decisivo dello stato nei rapporti privati della famiglia. E questo è diffatti in generale il carattere distintivo del diritto famigliare nel periodo », cioè nel periodo, di cui dal Padelletti[3], secondo la sua partizione, qui si tratta. Le leggi d' Augusto, che corrisposero alla mutazione e la seguirono e quasi consacrarono, che mirarono a gover-

[1] *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, Parte prima, *Il matrimonio romano*, Bologna, 1887, § 40, pag. 189.

[2] *Storia del diritto romano*, capo XXXVIII.

[3] *L. c.*

narla o frenarla, quelle leggi Dionigi in parte vide e preparate ed emanate; per altre fu almeno testimone dell'avviamento e dell'elaborazione loro. Certo, è assai significante che proprio dalla legge Giulia *de adulteriis* del 736 « fu per la prima volta l'adulterio elevato a delitto da punirsi con pena pubblica »; oltrechè « vennero di molto limitati i diritti di vendetta del padre e del marito, mentre anche ad estranei fu permessa l'accusa »[1]: ed è più significante che proprio a questa medesima legge è attribuita la prescrizione di una forma determinata pei divorzi.[2] Ma, e senza ciò, ben vedeva Dionigi il *iudicium de moribus* mezzo normale, aperto sì al marito che alla moglie, pei richiami contro le colpe dell'una o dell'altro, per farle valere nel divorzio, e massime per derivarne conseguenze patrimoniali rispettivamente dannose o vantaggiose. Il diritto dotale era già largamente svolto; sì per la costituzione della dote, e sì fors'anco per la conservazione di essa, come per la restituzione: già i tempi eran maturi perchè un'altra legge Giulia, per lo meno proposta pur nel 736, venisse tosto a fissare l'obbligo di dotare nel padre; e perchè o forse questa stessa legge Giulia, o piuttosto quella prima citata[3], vietasse l'alienazione del fondo dotale. Però il maggiore, capitale contrapposto stava proprio nel vincolo di diritto del matrimonio, e cioè in questo: che la donna non soleva più

[1] PADELLETTI, *O. c.* capo XXXVI.
[2] SCHUPFER, *O. c.* pag. 185.
[3] Cfr. KARLOWA, *R. Rechtegesch.*, pag. 617.

andare in moglie, nonchè colle nozze sacre, neppure in genere colle nozze accompagnate dalla *manus*, quindi non entrava più nella famiglia del marito, non veniva più con lui nella comunione umana e divina, non gli diventava più socia di tutte le ricchezze e le cose sacre, al modo del diritto antico romuleo e per eccellenza romano. Tutt'al contrario: essa, benchè moglie e madre presso il marito ed i figli, restava giuridicamente in quella famiglia, in cui prima del matrimonio si trovava; essa era verso il marito ed i figli (giova ripeterlo e tenerlo ben presente e apprezzarlo adeguatamente) una *extranea*; sempre inteso ciò giuridicamente. In corrispondenza e in conseguenza al che tutto stava anche la giuridica dissolubilità de' nuovi matrimoni; possibile sì dal lato del marito, che dal lato della moglie, e più potendo il padre di questa a sè richiamarla e così ritoglierla al marito; dall'un lato e dall'altro pressochè ugualmente; e con quella libertà per diritto, ch'era già degnerata nel fatto alla dissoluzione licenziosa accennata pur ora. Ben altro rifugio, adunque, si avean ora le donne di quel che vivere a modo dei mariti. Nè certo imperavan su loro i mariti come su persone in loro potestà, quasi come sui figli. Nè più, di gran lunga, il marito coi congiunti era giudice della moglie colpevole, nè arbitro della pena. E parmi non occorra dire di più.

Or si raccolga tutto ciò nella mente e si ripensi che Dionigi stava, per dir così, su questo terreno quando volgea gli occhi alla remota antichità romana;

e il suo intero discorso, testè riferito, apparirà, mi cred'io, illuminato in un nuovo e nel suo più vero lume. Ormai (se non è ch'io traveda) parmi vi si possa scorgere perfino e che cosa di quelle antiche memorie debba egli aver trovato nelle fonti cui attinse; e che cosa avervi aggiunto di suo, almeno nella forma, ricomponendole egli nella sua nuova esposizione dopo averle sottoposte alla propria osservazione e riflessione, sotto la virtù del contrapposto inevitabile con ciò, che per lui era il presente. Parmi, in somma, vi si possa, sotto la nuova veste, ancora sorprendere la prima materia pressochè genuina. Senza che con ciò io voglia accusar d'infedele il nuovo narratore; al quale anzi dobbiamo così una trasmissione sufficiente di quelle memorie; e il quale però (si noti bene anche questo) essendo, per di più, non romano una più speciale difficoltà dovea superare a ben apprendere per sè medesimo, indi a riprodurre nel suo nuovo racconto, il preciso essere e senso, la fedele e nativa fisonomia di quelle antiche cose romane.

Certo è, quelle memorie si riferiscono alla consistenza in Roma ancor integra e pura di quell'ordine famigliare, del quale Dionigi non vedeva a' suoi tempi che lo sfacelo, col nuovo di faccia che in tutto sormontava. Ritraggono l'istituto famigliare chiuso e rigido, col matrimonio *cum manu*, coi figli in potestà, tutto strettamente patriarcale e civile. Nel quale, tutto ch'è « *in domo* » è soggetto al « *dominium* » del « *paterfamilias* »; e le stesse persone libere, la moglie

stessa ed i figli, sono assorbite, compenetrate giuridicamente nella persona dell'uomo, ch'è marito e padre, *paterfamilias* comune. *Paterfamilias*, che, oltre avere quella potestà su cose e persone la quale sta nei termini (secondo noi intendiamo) del diritto privato, era ad un tempo *iudex domesticus* e *censor morum* e sacerdote famigliare, o in somma il reggitore di tutta la vita famigliare sott'ogni rapporto. Erano quella venerata potestà paterna, quella unità famigliare, tutto quell'ordinamento patriarcale, nei quali lentamente e quasi a stento l'azione dello stato si vede esser poi penetrata; ne' quali perciò, più indietro man a mano si risalga (e in ispecie se per Roma si ritorni fino ai primordi di essa nuova città), si dee ritenere che l'azione dello stato sempre meno penetrasse, fino a non penetrare affatto o quasi affatto. Si dee, invece, pensare che nella città di fresco costituita l'istituto famigliare, dentro ai cerchi dell'agnazione e della gente, fosse accolto e assettato tale appunto ed intatto (almeno pel suo interno ordinamento), quale nella vita precedente, preromana, già esisteva e ne risultava. E però con ciò stesso è da considerare che dovesse entrarvi appunto con tutto quell'ordinamento, quell'insieme di discipline e di norme, quei concetti e costumi, massimamente d'indole di carattere di sentimento religiosi, che nella osservanza e consuetudine tradizionale e comune già dovean essersi fermati.

Pertanto, non solo è troppo naturale, che Dionigi non trovasse nelle memorie de' tempi romulei quelle

disposizioni legislative o meglio di diritto positivo anche consuetudinario, e quali norme dello stato o insomma pubbliche, ch' egli attesta infatti non aver trovate. Ma è troppo evidente che quell'unico νόμος, con che Romolo avrebbe condotto a pudicizia le donne, non è che la costituzione stessa tradizionale, ed emanante da' tempi preromani, della famiglia; della famiglia come tutta patriarcale, e del coniugio quale acquisto della moglie da parte del marito. Con che la moglie passando sotto la potestà del marito, gli diveniva però, al modo che poi gli diverrebbero i figli e proprio in condizione giuridica di figlia, socia o consorte d' ogni cosa famigliare umana e divina ed *heres sua;* e teniam pure che fin dapprincipio essa fosse per di più moralmente già la padrona della casa, la reggitrice venerata ed amata. Così la moglie veniva ad essere parte stabile, perpetua, della famiglia maritale; mentre era uscita definitivamente dalla propria e, di regola, dalla paterna e natía: o insomma apparteneva pur essa a quello stesso gruppo famigliare che il marito, ed anche in faccia allo stato, non più ad altro; cosa questa, di cui si valuti, massime in antico, la capitale importanza. Così, infine, pur essa sottostava in tutto al *paterfamilias* di questa sua nuova famiglia; fosse esso il marito stesso o la persona cui il marito a sua volta fosse ancora soggetto; vi sottostava come tutte l' altre persone che erano o venissero sotto quella potestà, e per ogni rapporto cui quella potestà si largamente e intensamente si riferiva. Dovea sottostare in ispecie al magistero punitivo e, per così dire, anche

censorio di tale *paterfamilias*, ed appunto, per solito, del marito stesso; assistito questi però, come di regola, dai congiunti in tale grave esercizio della sua potestà. Tutto ciò dovea ritrarre Dionigi informato egli e imbevuto di tutta una posizione, a lui presente, inversa.

Nè dall' osservazione abbiam tratto ogni frutto. Ma, intanto, di tutte codeste cose si dirà, ch' erano fin troppo risapute, senza ch' io dovessi insistervi così. Si dirà, per di più, che le parole di Dionigi non avean invero bisogno di esser così ripetute, com' io ho fatto in sostanza, e parafrasate colle mie. Eppure io mi permisi di far ciò e mi permetto di rispondere che lo feci perchè è tanto importante l'afferrare e dominare tutto l' intimo senso e valore delle memorie rinarrate da Dionigi; e tanto ne occorrerebbe, ricondottele alla loro originarietà, non solo farne ogni tesoro, ma quasi proprio sangue ad intuire e gustar poi anche tutto ciò che vi si congiunga; che ogni insistenza non è soverchia, bensì necessaria. Solo, io so bene che a me sarà mancata e mancherà pur in seguito l' arte per fare in esse penetrare chi già da sè non le avesse ben addentro apprese e sentite; mentre a chi da sè potea farlo le mie parole saran forse state inutili. Ma non dovea almeno mancare, per quanto era da me, tutta quella preparazione, che a ciò potea offrirsi: mentre in tutta codesta posizione di cose, e nel contrapposto stesso or messo davanti, può stare l' uscita sì dalla prima difficoltà e sì dalle nuove, in che pur c' inveschiamo.

9. Ecco, infatti, per tornar più vicini al nostro

punto, che Dionigi, come si sarà già avvertito, afferma o sembra affermare qui i primi matrimoni romani essere stati indissolubili. E Plutarco, all'incontro, attesta re cisamente essere stati, per legge appunto di Romolo, dissolubili, ma soltanto dal marito. Sulla quale discordanza, di nuovo gli scrittori, e in ispecie i moderni, disputano assai; sia circa il doversi credere a Dionigi e negar fede a Plutarco, o viceversa, imputandosi quindi di nuovo all'uno od all'altro un equivoco ed un errore; sia circa il potersi invece le due notizie, attendendole del pari entrambe, conciliare e comporre fra loro, per essere la loro contraddizione non più, in un senso o in un altro, che apparente. E non è chi non vegga che la risoluzione di questa controversia è capitale, anzi è pregiudiziale, verso la risoluzione di quella prima propostaci sull'asserito primo divorzio.

Che cosa debba pensarsi del νόμος, cui Dionigi allude, ho già espresso. Or che cosa dire del νόμος, che Plutarco cita siccome uno, fra altri, di Romolo, e che ne apparirebbe quasi speciale sul punto del potere il marito, ed egli solo, discacciare la moglie? Invero parrebbe doversi fare di questo ugual giudizio che di quello; ritenerlo anch'esso uno di quegli « ἄγραφα νόμα », che Dionigi dice esser stati tanti nella Roma primitiva [1]; ossia pur sempre un costume tradizionale, primordiale, preromano, e però generale, e così un lato di tutta quella originaria costituzione famigliare, di quella comune potestà patriarcale del *paterfamilias* sulle per-

[1] II, 24.

sone e sulle cose della casa, *familia* sua, che si è pur testè richiamata. O forse il νόμος di Plutarco dovrebbe piuttosto far sospettare una mutazione, che in quell'organismo preesistente avvenisse proprio quando quella famiglia più antica entrò e si compose nella nuova città romana, nello stato? Od almeno una mutazione che vi avvenisse tosto entro quella prima vita del nuovo stato, quand' esso si veniva assettando e prendeva a funzionare, e mentre nuove condizioni e direzioni di convivenza, nuovi bisogni ed ordinamenti si dovevano svolgere per forza stessa di cose? Senza, del resto, che mai occorra pensare che quella sospettata mutazione vi fosse sancita da una legge, vera legge popolare, anzichè dal nuovo generale costume. Senza, che neppure sia necessario supporla determinata o disposta da emanazioni giuridiche, per la via di una od altra funzione civile; e cioè dal magistrato supremo che in sè raccoglieva la somma delle cose, quasi pubblico *paterfamilias*, con sue dichiarazioni o sentenze. Mentre, taluno potrebbe piuttosto congetturarla derivata dal collegio de' pontefici; l' ampia importanza ed influenza de' quali in quei primordi, comunque la si ritenga esplicata, non si può a ogni modo disconoscere; e i quali di certo erano custodi della comune religione, quindi delle discipline che allora in tante relazioni ne dipendevano: tanto più, che, particolarmente quanto a quest'ultima idea, la famiglia appunto ci si presenta allora in istrettissimo nesso colla religione, e codesta notizia stessa di Plutarco non potrebbe attestarlo più diretta-

mente. Che se propriamente una mutazione primordiale in Roma dovesse supporsi, in qualunque via e guisa statuita, meglio parrebb' essa da riferire, non già ad una concessione al *paterfamilias* d'una facoltà di ripudio che prima non avesse, bensì ad un disciplinamento della potestà del *paterfamilias* di scacciare la moglie; disciplinamento avvenuto entro il nuovo stato: e forse che in ispecie per una restrizione e mitigazione di una dapprima più sciolta e rozza facoltà? Sono tante domande e alternative, cui forse altri altre ne aggiungerebbe. Or come rispondervi? Mentre nella risposta ad esse potrebbe anche stare la risoluzione e conciliazione dell' ultima, almeno apparente, contraddizione fra Dionigi e Plutarco, cioè per una qualche diversa riferenza, e forse solo di tempo, delle loro memorie e affermazioni: od altrimenti potrebbe aversi la constatazione di una reale e inconciliabile contraddizione fra loro.

Questo è certo, che la difficoltà ci respinge più indietro di Roma. Ed è codesta, secondo a me pare, una di quelle tali difficoltà, che (se mal non veggo) dentro al diritto di Roma e coi soli mezzi ch'esso ci offre non le si possono sciogliere o non appieno e sicuramente. Bisognerebbe dunque prendere diversa via, e illuminare al possibile le oscure premesse italiche del diritto romano, dalle quali esso uscì, delle quali ne'suoi primordi esso fu una continuazione. Bisognerebbe quindi, sopra tutto, dal parallelismo dei diritti più e meno strettamente cognati, dal diritto indiano e dal greco più antico, dal celtico, dal germanico, dallo slavo, cercar di

ricostruire la comune storia ideale, sulle stesse varietà contingenti e ricongiungendovi le ultime tenui reliquie. Ossia almeno occorrerebbe raccogliere tanto da argomentarne di qual corso di cose il primo diritto di Roma fosse un risultato o grado o momento, e quale momento; o altrimenti, di quale edificio sia un avanzo, a quale ambiente avesse appartenuto. [1] Nella quale più ampia e ben ardua ricerca non è però dato a me di avventurarmi: anche nello studio, che a questo precede, sopra *Il matrimonio romano*, pensatamente trattenni quasi ogni accenno a simile studio e omisi perfino, quasi del tutto, meri ed ovvii raffronti. Già tale ricerca vorrebbe un lavoro apposito; e gli stessi termini di comparazione vorrebbero ciascuno uno studio a sè: si uscirebbe

[1] Non posso tenermi qui dal ricordare, poichè mi cade a proposito, come appunto testè un mio egregio collega e carissimo amico, GIOVANNI TAMASSIA, con tale metodo di ricostruzione, storico e comparativo ad un tempo, e col mezzo potente e meraviglioso della filologia (il metodo e il mezzo delle portentose intuizioni di Vico), prendesse ad illustrare ed illuminasse di nuova luce e inattesa due punti importantissimi della prima storia giuridica romana, pei quali pure gli aiuti dentro a Roma stessa troppo eran scarsi. Intendo, dapprima nelle sue *Osservazioni* sopra *Il periodo poetico-sacerdotale del diritto*, ove, ad esempio, ebbe a spiegare il *flamen* romano; poi, ancor più, nello *Studio storico-giuridico* su *I celeres*, i quali mostrò come fossero un'ultima reliquia da uno stadio di vita, da cui la prima Roma era già molto avanzata, una reliquia che entrò nella nuova vita dello stato e vi si assettò, ma ad un tempo vi si trasformò. Entrambi i quali studi del Tamassia si possono vedere nell'*Archivio giuridico* vol. XXXVIII fasc. 1-2 e vol. XXXIX fasc. 4. Il richiamarli, ad opportuna ed efficace conferma di quel che dico nel testo, vuol essere insieme a cagione di onore, che per quanto è da me io voglio così rendere all'autore, ed in attestazione della stima particolare e della gratitudine affettuosa che gli porto.

quindi necessariamente dai confini e dal quadro dello studio presente; e vi occorrerebbe poi una competenza, ch'io sento troppo bene di non possedere. Mi basti il mostrare che non mi sfugge la vera estensione e portata del problema in ogni sua parte; nè forse l'avvertirla fu inutile, dacchè non da tutti pare a bastanza avvertita. E pur a me basti e valga il più modesto sforzo d'interrogare i mezzi stessi ed i soli elementi, che il diritto romano ci offre, sempre mirando al primo punto di questione propostomi; e senza del resto la menoma pretesa di dare, massime per quel tempo più antico, uno studio, nonchè esauriente, adeguato, nè di gran lunga risultati compiuti e inconcussi.

10. A quel bisogno capitale notato, e sul quale giova insistere, di assimilarsi al più possibile lo spirito storico del momento che si voglia sorprendere, parmi possa corrispondere precipuamente il ripigliare e ripercorrere la catena ininterrotta degli svolgimenti o periodi pei quali passò l'istituto umano, di cui si tratta (cioè qui lo scioglimento de' coniugii), nella sua generale evoluzione. Il che io qui non saprei meglio ravvivare e tratteggiare, che colle parole stesse di un recente dotto scrittore, Alberto Ermanno Post: dacchè, con assai larga e positiva raccolta di notizie, egli accompagna appunto a rapidi tocchi, fra altri, quell'istituto, dai suoi primi accenni ed inizi alle sue forme costituite e civili; attingendo per ciò dai popoli più disgiunti e diversi per tempi, luoghi, costumi, e però offrendo materia e traccia ad una comune storia.

« Fino a che (scrive il Post) i sessi vivono primitivamente in uno sregolato commercio sessuale, non vi ha affatto un rapporto coniugale, e così manca pure la base ad un diritto relativo allo scioglimento del coniugio. Quando grado a grado si evolve un rapporto sessuale fra singoli individui, questo però dapprincipio è estremamente rilassato, e più di fatto che di diritto. Al che corrisponde, che dapprincipio ogni coniuge può a talento disciogliere questo rapporto senza motivo. E in ogni modo lo scioglimento per mutua annuenza è sempre possibile. Là dove forme determinate di convivenza sessuale si configurano, il diritto degli scioglimenti dei coniugii si conforma ad esse. Soprat tutto il punto, quale de' coniugi si possa disciogliere dall'altro, dipende da questo: cioè per qual via il rapporto coniugale si costituisca. » Vi ha, allega poi il Post con esempi, dove « la famiglia della donna manda via ad arbitrio l'uomo. Del tutto diversamente si plasma la cosa dove l'uomo si procaccia per compera nuziale la donna. Qui egli acquista un diritto di potestà sulla donna, al quale la donna non si può sottrarre, mentrechè l'uomo lo può dimettere. Là dove la donna diventa per la compera nuziale proprietà piena dell'uomo, essa non può affatto da parte sua sciogliere il coniugio »: però segue notando il Post con un esempio, come pure si trovi altrove « evidente un affievolimento del più antico e più rigido diritto. Nel culmine della organizzazione patriarcale suole l'uomo avere il diritto di sciogliere unila-

teralmente il coniugio. Pel diritto mosaico il marito può mandar via la donna, che gli dispiace, e l'unica forma, che è richiesta, è ch' egli le dia un libello di ripudio. Fra i germani prima dell'introduzione del cristianesimo l'uomo libero si poteva ancora verosimilmente disciogliere ad arbitrio.... Col declinare dell' organizzazione patriarcale questo diritto si restringe. Vengono a fissarsi determinati motivi, pei quali soltanto resta permesso al marito di disciogliersi dalla moglie sua. Dapprima continua formalmente a sussistere il diritto unilaterale di scioglimento. Ma l' esercizio di esso senza motivi è connesso con isvantaggi per lui. Pel diritto indiano il marito, che rimanda la donna senza motivo, le deve assegnare una quota di patrimonio, che può ammontare fino ad un terzo del patrimonio »: altrove (seguita sempre il Post) resta almeno obbligato a mantenerla, altrove doveva o restituire la dote ricevuta oppure pagarne ben alti interessi, altrove in fine dovea egli lasciare l'usufrutto del proprio patrimonio alla moglie fino a seconde nozze di lei. « I motivi, per cui la donna si può disciogliere dall' uomo, non sono nella organizzazione patriarcale, corrispondentemente alla condizione subordinata della donna, che pochi, e solo coll'innalzarsi della donna a consorte di vita dell' uomo con uguali diritti, quelli si accrescono, fino a valere da ultimo gli stessi motivi di scioglimento per l'un lato e per l'altro, per l'uomo e per la donna ». E procede anche qui il Post cogli esempi, sempre presi sì dall'antichità e sì dagli odierni

popoli men civili e a diversi stadi d'incivilimento. Indi contrappone alla organizzazione patriarcale, quella « dove la donna viene ad essere la parte dominante nel coniugio, manifestazione che si presenta sempre solo a guisa di eccezione »; ma dove pertanto la donna « sostiene anche nel diritto degli scioglimenti dei coniugii la parte, ch'è propria altrimenti dell'uomo »; sicchè si vede solo la moglie, e non mai il marito, poter disciogliere il coniugio ed anche ad arbitrio poter mandar via il marito. Dopodichè tornando alla regola generale, della subordinazione della donna, il Post rileva in corrispondenza ad essa come, « dopo avvenuto uno scioglimento, le seconde nozze sono spesso rese difficili od interdette alla donna, mentre all'uomo sono senz'altro permesse. Infine passa a mostrare come i motivi di scioglimento del coniugio « diminuiscono coll'accrescersi della intimità della comunione di vita de' coniugi ed aumentano di nuovo col rilassarsi di essa ». Mentre poi « i singoli motivi di scioglimento variano estremamente a seconda delle idee delle singole popolazioni. Molto comune come motivo di scioglimento è l'adulterio. E dove il coniugio è venuto ad una vera comunione di vita fra i coniugi, è per ogni coniuge l'adulterio dell'altro un motivo di scioglimento. Dove la condizione della donna, come nella organizzazione patriarcale, è subordinata, essa di regola non può esigere la fedeltà coniugale dell'uomo. Pure qui e là essa può pretendere dall'uomo un'ammenda, se egli rompe la fede... L'infecondità della

donna è di regola un motivo di scioglimento del coniugio là dove la costituzione gentilizia ha ancora forza e la procreazione di un legittimo erede è il fine essenziale del matrimonio. Scompare come motivo di scioglimento dove la costituzione gentilizia perde la sua importanza politica e la schiatta si risolve nella famiglia dentro allo stato, poichè qui il concetto della conservazione della schiatta cede al concetto della comunione coniugale di vita.... Anche l'immeritato abbandono è un motivo di scioglimento molto diffuso. La separazione di fatto dei coniugi scioglie insieme da principio il vincolo coniugale, ch'è soltanto di fatto. Quando diviene man mano il rapporto coniugale un po' più fermo, sono stabiliti certi termini, dopo il cui lasso il coniugio è come sciolto. Questi si prolungano quanto più stabile diviene il coniugio. Più tardi, ogni coniuge ha un'azione per ritrarsi e un diritto allo scioglimento del coniugio pel pertinace rifiuto alla vita coniugale. Del resto, variano molto i motivi di scioglimento secondo le idee morali dei diversi popoli e secondo il grado di svolgimento della comunione di vita coniugale. Difetti corporali e spirituali, incomportabilità della convivenza coniugale se raggiunge un alto punto, perdita dell'onore sociale, insomma tutto che è atto a turbare in guisa più profonda la comunione di vita del coniugio, può diventare un motivo di suo scioglimento. Però nelle perturbazioni meno gravi ben si cerca innanzi tutto di conservare nondimeno il vincolo coniugale », come in ispecie si vede nei casi di

malattie, impotenza o infecondità, incomportabilità. E siccom'è poi anche naturale, « colla progrediente stabilità del vincolo coniugale l'originario scioglimento senza forme viene obbligato a determinate forme. È richiesta a ciò o la scrittura o il concorso dell'autorità. Che se il coniugio ha un carattere sacro, anche la dissoluzione è connessa a sacri riti », come ne' coniugii per confarreazione di Roma. E conclude il Post mostrando che « le conseguenze di diritto patrimoniale dello scioglimento del coniugio sono condizionate dal diritto patrimoniale famigliare che si costituisce fra i congiunti per schiatta e fra i coniugi; quindi esse variano grandemente ».[1]

Dico, che si hanno appunto segnate, in questi luoghi del Post, o meglio in queste risultanze da' fatti antichi e moderni raccoltivi, quasi le tappe, che il diritto degli scioglimenti coniugali ha percorse nella storia ideale dell'umanità e del suo incivilimento[2]. E dietro a ciò sarà, ripeto, meno disagevole valutare abbastanza

[1] A. H. Post, *Die Grundlagen des Rechts und die Grunzüge seiner Entwickelungsgeschichte*, Oldenburg, 1884, § 28, pag. 266-277.

[2] E quasi ad esempio o saggio dell'ampio e interessante svolgimento che tutti codesti rilievi potrebbero avere, valgano queste due sole citazioni. Circa il matrimonio indiano scriveva il Kohler: « in siffatta condizione di cose è facile scorgere che di una *Ehescheidung* (e il Kohler intende, aggiungo io, dissoluzione volontaria del coniugio, in generale) non v'era nel diritto indiano nessun bisogno. Il marito poteva, non ostante il matrimonio, prendersi una seconda e terza moglie e posporre la prima, mentre all'inversa la moglie anche dopo lo scioglimento del matrimonio dovea restar fedele al marito suo e non passare a un secondo matrimonio. E così appunto la *Ehescheidung* nel senso proprio è un concetto estraneo ai libri di diritto indiani, cfr. *Manu* IX, 46 ». Al che tosto il Kohler soggiunge:

prossimamente a qual punto di essa sia da porre il primo diritto di Roma; almeno giusta l'una o giusta l'altra delle due narrazioni, se davvero inconciliabili, di Dionigi e di Plutarco.

Intanto, queste generali deduzioni, in ispecie per quanto qui ne importa, già se ne possono fermar chiaramente. Che, dunque, è un passo notevole nella storia degli scioglimenti de' coniugii umani lo stesso stabilimento della figura giuridica dei ripudi maritali, corrispondente all'esistenza della forma tutta maritale o patriarcale dei matrimoni e delle famiglie; forma questa del resto, che potremmo dire la prima di una vera e disciplinata consistenza dei matrimoni e delle famiglie umane. Che un altro passo di forte avanzamento si fa mitigandosi e restringendosi questa stessa potestà di ripudio nel marito, o meglio nel padrefamiglia, in una od altra guisa che ciò avvenga; però sempre rimanendo quel ripudio meramente unilaterale, maritale: forse che è veramente quando tal facoltà così s'infrena, che la figura del ripudio può dirsi veramente

« tuttavia essa (cioè la *Ehescheidung*) è entrata per diverse guise nei diritti consuetudinari per alcune caste ». Veggasi I. KOHLER, *Rechtshist. und rechtsvergleich. Forschungen, III Indisches Ehe und Familienrecht*, nella *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, Bd. III. Stuttgart 1882, pag. 386. — E si cfr. H. ZIMMER, *Altindisches Leben, die Cultur der Vedischen Arier nach den Samhita dargestellt*, Berlin 1879, cap. XII, pag. 305 e seg. — D'altro lato si noti questo passo dello ZOEPFL, *Deutsche Rechtsgeschicte* 4 Aufl., III Bd, § 84 pag. 38: « All'uomo libero sembra che originariamente la dissoluzione del coniugio fosse a dirittura concessa ad arbitrio... »; e cita in nota: « *Leg. Walliae Dimet. Cod. Lib. II* tit. 19 c. 1,2 »; soggiungendo: « pena pecuniaria e perdita del mundio minaccia all'uomo per scioglimento senza motivo la *L. Alam*, addit. I c. 30. ».

concepita, fissa, acquisita. Che, infine, maggiore è il passo, per cui anche alla donna si trova poi attribuita (di nuovo per una od altra guisa che ciò avvenga, solo ora intendendo nella persistenza della famiglia maritale o patriarcale) la facoltà di disciogliersi dal marito, di disciogliere essa il vincolo coniugale; si abbia tale facoltà una minore o maggiore estensione e forza. Ma e tal facoltà nella donna già importa, tostochè regolata e disciplinata, che più non si rimanga nei puri termini della famiglia patriarcale, del coniugio e del suo scioglimento del tutto maritali; già è essa stessa avviamento ad altro concetto del coniugio; certo, già con ciò instaurandosi o apprestandosi una nuova forma di scioglimento di esso. E per una od altra via, si giunge a un tal punto, in cui del ripudio antico maritale ossia patriarcale ora delineato, che suppone una potestà ed è proprio un discacciamento da sè e dalla propria casa e famiglia, non si ha più affatto la sostanza: ma quando invece ci si pone dinanzi alla osservazione e alla mente una nuova figura giuridica di scioglimento coniugale; la quale, almeno secondo il nostro parlare e pensare moderni (del resto, sì pel valore etimologico e sì per la derivazione, romani) assai meglio si esprime coll'altra parola: divorzio. Nel che però, mi affretto a soggiungere, e già è ben evidente, non vi ha punto questione ed importanza di parole, bensì fatti. E con che ancora, cioè con tali osservazioni e tali accenni, non intendo anticipare o preoccupare per nulla su quel che segue; che resterà

pure di schietta considerazione storica. Ben vi si avrà a sorprendere, entro al diritto romano, la parte più importante della evoluzione di cose qui disegnata.

11. Volgendoci a Plutarco, non può non balzare agli occhi quanto la rappresentazione ch'egli ci fa (o, meglio, che le memorie da lui riprodotte ci dànno) dell'istituto del ripudio maritale col suo particolar modo di essere nella città romulea, appaia rispondente, se idealmente si valuti quello storico momento, alla intera costituzione della famiglia e del matrimonio originari romani; cioè secondochè altronde questi ci risultano incontestabilmente. Famiglia strettamente patriarcale e coniugio tutto maritale; tali manifestantisi in tutti i loro elementi, dai più intimi e sostanziali ai più formali ed estrinseci: il che io altrove cercai di riconoscere e verificare più largamente. Famiglia e coniugio di tal guisa, ma già alquanto avanzati, già usciti dallo stadio primo e più barbaro, più rigido e rozzo del patriarcato: del quale stadio, solo serbano tuttavia, e sopra tutto nelle forme e determinazioni giuridiche, vive le traccie e le impronte. Dal quale stadio, per ciò e con ciò stesso, attestano in sè altrettanto parlanti gli avanzamenti: attestano anzi, di più, il potente avviamento alla totale liberazione da esso, nelle stesse mitigazioni e limitazioni dell'anteriore tradizionale rigidità. Ed ecco infatti che nel diritto romuleo relativo agli scioglimenti de'coniugii secondo Plutarco, si trova bensì dall'un lato la piena facoltà del ripudio e soltanto maritale; ma d'altro lato già con freni e sanzioni. Quel

ripudio soltanto maritale, che a lui pur greco, a lui ritrovante nella Roma del suo tempo una vita ancora più tarda di quella che vi trovasse Dionigi, ben dovea parere un diritto soverchiamente duro; e dovea suggerirgli le parole, più da uomo e filosofo dell' età sua che da storico, « σφοδρὸς μέν ἐστιν ». Questo, nell' atto stesso ch'ei ritraeva quell' antichità con altre parole così storicamente e giuridicamente esatte; cioè collo « ἀπολείπειν », che non era permesso affatto alla donna, e collo « ἐκβάλλειν », che era in libertà del marito. E dico libera facoltà di maritale ripudio; chè l' intero discorso esprime ed attesta innegabilmente, salve le penalità, illimitato nel marito e padrefamiglia tale duro potere verso la donna, ch' era a lui madrefamiglia; il che però gioverà verificare più precisamente.

In verità, dopo la indicazione delle cause legittime, ossia di certi motivi speciali ed evidentemente più gravi per quel ripudio, cause determinate a sè e che appaiono scevre di ogni perdita a carico del marito; dopo ciò, che cosa altro potrebbe significare la frase indefinita di Plutarco, « εἰ δ' ἄλλως τις ἀποπέμψαιτο », se non appunto una possibilità assolutamente illimitata di ripudio? È tale un' indefinito, da abbracciare una serie indeterminabile di cause, da risolversi quindi nel ripudio secondo il giudizio e il sentire, e fino in arbitrio e a capriccio, del marito. Che anche all' infuori di quei motivi contemplati, più gravi e fissi, di vero ripudio si trattasse, le parole e il contesto parrebbero non lasciar dubbio. Quale importanza invero po-

trebbe avere, in quelle condizioni di vita civile, un « ἀποπέμπειν » che non includesse ripudio, o esclusione dalla famiglia maritale, non si saprebbe facilmente vedere: mentre del resto la parola è usata a dirittura nel detto significato. Senonchè, all'infuori di quei motivi, ecco che il ripudio non è più senza sanzione pel marito: « τῆς οὐσίας αὐτοῦ τὸ μὲν τῆς γυναικὸς εἶναι, τὸ δὲ τῆς Λήμητρος ἱερὸν.. ». Sulla vera riferenza e portata della qual pena si potrà disputare; ma di cui già è pronta e innegabile l'analogia con qualche caso, che si è visto citato dal Post. Così, sempre secondo Plutarco, già il diritto romuleo facea del ripudio, benchè permesso ognora al marito, una distinzione però capitale, ossia due specie: il ripudio sopra motivi già determinati espressamente nel diritto comune e però consuetudinario, o quali si direbbero tecnicamente legittimi se fossero da ricondurre ad una legge; e il ripudio fatto all'infuori di tali motivi. Senza che Plutarco soggiunga poi se si dovesse ancora suddistinguere, quando ve ne fossero altri motivi ragionevoli, da quando invece fosse un ripudio al tutto arbitrario; e solo avendosi da Plutarco in forma comprensiva e generale, che all'infuori di quei motivi ogni ripudio importava certe punizioni o perdite, gravi certamente, pel marito.

Nè basta ancora. Che restano le ultime parole di Plutarco: «τὸν δ' ἀποδόμενον γυναῖκα θύεσθαι χθονίοις θεοῖς »; le quali sono state intese in due sensi. Nell'un senso si dovrebbero tradurre, col Bruns, così: « qui autem

venderet uxorem, diis inferis immolari »[1]; nell'altro senso invece, giusta la traduzione sopra riferitane, così: « qui repudiasset uxorem suam deos manes placaret ». Ma anche questo punto di disputa io non posso nè voglio qui sviscerare: esso non è altro che uno dei lati di quella ben più larga questione e ricerca, che già avvertii. Dalla soluzione di esso però è chiaro come dipenda, oltre la sua riferenza, anche un'idea particolare circa una certa sanzione applicata al marito ripudiante. Mi limiterò a rimandare per esso, da un lato ad uno studio speciale di Rodolfo Schlesinger[2], che sostiene il primo dei due sensi or indicati[3]; e da altro lato alle considerazioni, con che Maurizio Voigt[4] ripiglia[5] il secondo dei detti sensi e lo ridifende; per troppa parte, per altro, la disputa rimanendo di una portata innanzi tutto filologica. E mi limiterò a manifestare, come anche a me paia, col Voigt, sopra tutto per l'insieme del discorso tutto retto dall' « ὁ ἀδοὺς » e pel valore che allo « ἀποδόμενον » e allo « θυέσθαι » non sembra qui potersi rifiutare, che « veramente Plutarco non parli di due diverse leggi di Romolo, una sul ripudio ed una sulla vendita della moglie, bensì piuttosto assolutamente solo di un'unica legge sul ri-

[1] Veggasi nelle *Fontes iuris romani antiqui*, edit. quinta, cura TH. MOMMSENI, 1887, pag. 6-7.

[2] *Noxalklagen wegen der Personen* in manu *und* mancipio, nella *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, VIII, Weimar, 1869, pag. 58 e seg.

[3] Già sostenuto dal REIN, *O. c.* pag. 448 n. 2, e da altri pur da lui citati.

[4] *O. c.*, *Ueber die Leges regiae*, pag. 37 e seg. e note 81-83.

[5] Già fu espresso e ritenuto da altri, citati dagli stessi Rein e Schlesinger.

pudio; e che pertanto il passo in questione così debba essere inteso, siccome senza alcun dubbio può essere inteso, che qualunque ripudio obbliga l'uomo a placare con un *piaculum* gli dei inferi, cioè la terra e gli dei mani ». Nel qual passo del Voigt ho creduto di potere, dopo tutto quanto son venuto osservando, rendere senz'altro colla parola speciale *ripudio* (più precisamente esprimente la cosa, e però intendendo ripudio maritale) le parole tedesche generiche *Ehescheidung*, *Scheidung*, che sono anche da lui adoperate. E nella quale intelligenza, adunque, ogni ripudio, anche con giusto motivo, parrebbe dover essere seguìto dall'espiazione. Voglio solo soggiungervi, che, quand'anche lo « ἀποδόμενον » non potesse davvero intendersi che nel senso solo di « *vendere* », o forse meglio dovesse intendersi quasi traduzione di « *mancipare* », pur sempre resterebbe tale seconda e distinta notizia importantissima anche pel nostro tema del ripudio. Non solo, e forse non tanto, se intesa nel senso di una vera vendita della moglie; atto giuridico questo che, considerato il momento storico, parrebbe da valutarvisi come più grave del ripudio e, per lo meno, come di poco diversa o appunto uguale portata. Ma più perchè essa notizia potrebbe pure, come il latino *mancipare*, comprendere in sè (se già non si sospettasse designarlo per avventura unicamente) un caso e modo particolare di ripudio, o cioè proprio la dissoluzione di certi matrimoni, quelli *coemptione*, e poniamo senz'altro che pur quelli *usu;* della qual dissoluzione però avrò di nuovo a toc-

care. Ma tali osservazioni io metto innanzi soltanto a designare una delle possibili interpretazioni; non intendo punto di proporla e sostenerla precisamente: in caso, si dovrebbero, su tale via, valutare altri elementi. Valutare forse e in ispecie, quanto e che cosa vi si potrebbe argomentare dalla notizia, data pure da Dionigi e da Plutarco concordi, che per legge di Numa fosse vietato al padre di più vendere il figlio quando gli avesse permesso di condurre moglie la quale gli divenisse partecipe delle cose umane e delle sacre, cioè, a quanto può parere, per nozze confarreate.[1] E da questo stesso sarebbe a vedere se, in di più delle ragioni filologiche, venisse o no un ulteriore conforto ad intendere quello « θύεσθαι » (di cui in codesta legge ora richiamata di Numa non è parola) nel senso del *placare*, anzichè in quello del *sacer esto*. Per vero, e a ogni modo, anche l'offrirsi lo « ἀποδόμενον » piuttosto come additante un'atto compiuto ed efficace, che un atto interdetto recisamente e nullo; e così l'intero contesto pur dell'ultima frase presa a sè; parrebbero, per lo « θύεσθαι », far piegare meglio al senso del *placare*, che alla suprema pena del *sacer esto*. E insomma poi, sia che riferito l'« ἀποδόμενον » a vendita, sia che forse a ripudio, invero io non saprei intenderne, siccome risolutamente fa lo Schlesinger, che fossero questi atti proibiti; nè poi tanto meno, aggiungo io, che fossero come non fatti. E questo è già importante, che comunque sia inteso esso « ἀποδόμενον »,

[1] Dion., II, 27; Plut., *Numa*, 17.

prevalga forse di doversi spiegare lo « θύεσθαι » piuttosto per un' espiazione religiosa, mite pena e più che altro purificazione, anzichè per la gravissima inflizione della sacertà.

12. E non si potrebbe lasciare quest' analisi del passo di Plutarco senza dire una parola su quelle cause, per le quali, secondo egli attesta, il marito ripudiando la moglie non incorreva in veruna sanzione, o che insomma erano giuste; salvo anche in questi casi il rito religioso, purificatore e riconciliatore, dello « θύεσθαι » se, com' è detto, lo s' intenda generale. Nè parimente potrebbe non volgersi lo sguardo pur ad altre condizioni, o alle forme ed alle procedure, alle quali quel ripudio faccia pensare siccome sue proprie.

Anche per tali cause io qui farò poco altro che ritrarre e quasi riassumere gli studi già fatti da altri. Sopra la causa, che Plutarco indica per ultima, il « καὶ μαχευθεῖσαν », non cadono dubbi; bene intendendosi concordemente per l'adulterio, sulla cui indole e gravità in quell' antico matrimonio romano non occorre aggiungere parola; e corrispondendo in questo senso a Plutarco lo « φθορὰ σώματος » di Dionigi. Sopra le altre cause, invece, notate da Plutarco vi hanno incertezze e divergenze. Il testo pare che criticamente debba accettarsi così: « ἐκβάλλειν ἐπὶ φαρμακείᾳ τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ ». Pei vari tentativi di emendazioni o meglio di mutazioni ad esso posso rimandare al Rein. [1]

[1] *O. c.* pag. 447 nota 2; coi citati da lui, che pure ricitare qui sarebbe inutile: nè i più recenti vi aggiunsero.

Ricorda egli le proposte di mutare ὑποβολῇ in ἀποβολῇ, intendendone poi la trascuranza del governo della casa; e di κλειδῶν in παιδῶν, intendendone la sostituzione di figli. Inoltre ricorda la proposta di una certa interpunzione coll'introduzione di un καί, « ἐπὶ φαρμακείᾳ, καὶ τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ », intendendone così in tutto quattro (coll'adulterio) anzichè tre sole cause giuste di ripudio: prima cioè il veneficio senz'altro, salvo a supporvisi o veneficio in generale o in ispecie sul marito stesso o sui figli, o salvo interpretare φαρμακείᾳ pur anche in un altro senso, che dirò tosto. Ricorda infine la proposta di una più forte mutazione d'esse parole di Plutarco così: « ἐπὶ φαρμακείᾳ τε καὶ οἰνῶνος κλειδῶν ὑποβολῇ »; con che si metterebbe questa, fra le cause dette da Plutarco, in espressa corrispondenza col secondo de'due soli e massimi trascorsi della donna, che sono menzionati da Dionigi, cioè col « εἴ τις οἶνον εὑρεθείη πιοῦσα γυνή » di Dionigi; trascorso codesto, del bere vino, che, sì quanto al riguardarsi specialmente nella donna e sì quanto alla gravità singolare che vi si ravvisava in quell'antichità per la donna, ci è poi confermato da altre precise notizie. Proposte tutte, delle quali basta avvertire che sono arbitrarie; chè con questo n'è già dato giudizio. Delle quali però talune hanno trovato ed han tuttavia séguito; cioè quella in ispecie, che porterebbe a quattro le cause giuste di ripudio, secondo Plutarco, ne' primi matrimoni romani.[1]

[1] Cfr. MARQUARDT, *Privatleben der Römer*, pag: 67 nota 5; BARON, *Gesch. des röm Rechts*, I, 1884, § 32 pag. 62.

Però or procedendo col separare man mano quel che è più certo, poichè le parole « κλειδῶν ὑποβολῇ » non si potrebbero rifiutare, noi dobbiamo senz'altro porre accanto all'adulterio questa seconda causa siccome certa. La quale poi, che sia « in sostanza identica (così si esprimeva il Voigt) coll'« οἶνον πίνειν » di Dionigi (e già coll'« οἴνου μὲν ἀπεχομένας » di Plutarco stesso) e ciò in corrispondenza esatta con altre fonti che si avranno poi a discorrere, non vi ha omai chi dubiti: ed io non saprei aggiungere nuove ragioni a conforto di tale spiegazione; cui nulla potrei vedere ed allegare in contrario; nè però credo dover trattenermivi di più.[1] Sono dunque due cause poste in sodo; e sono quelle che ritornano poscia, ed appunto come massime colpe della donna e distinte da ogni altra, nelle ben note parole di Marco Catone conservateci da Gellio: « si vinum bibit, si cum alieno viro probri quid fecit ».[2]

E siamo alla « φαρμακείᾳ τέκνων », secondo il testo inalterato; causa questa che, « ricordata solo da Plutarco, ha nei nostri studi ricevuto diverse, e talora a dirittura violente, spiegazioni, mentre dal Rein e dal Danz è intesa come uccisione o ammaliamento dei figli ».[3] Il silenzio intorno ad essa, quale che essa si sia, di Dionigi e Catone, ben fa argomentare al Voigt medesimo, che « nel diritto romano posteriore essa non venisse

[1] Cfr. VOIGT, *Leges regiae*, pag. 31 nota 61.
[2] A. GELL. X, 23, 4.
[3] VOIGT, *l. c.*

più in considerazione quale causa di ripudio e non fosse più viva ». E questo e l'esser riferita solo a fanciulli e il « γυνὴ φαρμακίς » che si trova altrove, fanno pure argomentare al Voigt che qui quella denominazione significhi « l'arte della maliarda, l'arte in una donna di trasformarsi in una strix »; antica superstizione e credenza d'arte magica esercitata sui fanciulli. Mentre il senso, che del resto lo stesso Voigt riconosce essere tecnico della parola « φαρμακεία », e cioè esprimente il caso che taluno « necandi consilio alicui venenum aut sua aut aliena manu praebuerat eoque effecerat ut ille moreretur vel saltem mente alienaretur », non gli sembra qui corrispondente; sia per non trattarvisi di adulti; sia perchè tal vera e propria φαρμακεία porta la pena criminale della morte.[1] Però io lascio a questo punto la dubbiezza, e non cerco se altre congetture forse fossero possibili; ad esempio, forse di riferenza al procurato aborto. Nè aggiungo, infine, parola sulla intrusione di quel καὶ fra il « φαρμακείᾳ » ed il « τέκνων », quindi sul riferimento del « τέκνων » pure ad « ὑποβολῇ », ed allora sui possibili significati di « φαρμακείᾳ » e di « τέκνων ὑποβολῇ »; chè sarebbe come aggirarsi colla mente in un edificio immaginario. Forse anche qui qualche luce sicura non si può trarre, se pure si può, che da una ricostruzione preromana.

Ma, pertanto, in assai stretto cerchio si trovavano

[1] E per tutto ciò veggasi il VOIGT, *l. c.*, pag. 32 e seg.

racchiuse a ogni modo pel diritto romuleo, secondo Plutarco, le cagioni giuste di ripudio maritale, per le quali andava il marito affatto scevro di penalità; comunque poi si voglia e possa pensare che storicamente si fosse allora in Roma ad una tale condizione di cose. All'infuori delle quali cagioni, rimaneva quella intera facoltà di ripudio, benchè già colpita da perdite, che si è constatata. Ecco la condizione, secondo Plutarco, originaria, il punto di partenza giuridico degli scioglimenti de' coniugii in Roma. Ed a tale momento nella configurazione del diritto famigliare, in ispecie pel coniugio e più specialmente ancora in ordine al ripudio, non potrebbe pur meglio convenire quell' altra particolarità, di cui la memoria è raccolta e conservata da Plutarco medesimo nell' altro passo sopra riferito della *Comparazione fra Numa e Licurgo*. La particolarità, cioè, che il marito, già abbastanza provveduto di prole potesse ad altr' uomo concedere la moglie, onde pur questi n'avesse figli; colla facoltà però nel marito, come di prestarla, così di richiamarla liberamente: forse che quasi per precario, o forse alludendovisi ad una mancipazione con particolar legge o patto, cioè di remancipazione? Ma lasciamo stare per ora ciò.

Dalle cause, piuttosto, passando ora ad altro, un'altra risultanza corrisponde pure esattamente alle condizioni romulee del diritto coniugale, quali risultano dal complesso delle memorie: e cioè il non trovarsi, nonchè in Plutarco (dove anzi ve n'ha espressa esclusione), nemmeno poi in Dionigi, nè in altre fonti, veruna trac-

cia di facoltà, che allora avesse dal canto suo anche la donna di disciogliersi dal marito. Nemmeno dico in Dionigi. Chè, da un lato, non potrebbero mai far pensare a codesto le parole di lui: « οὔτ' ἀνδρὶ κατὰ γυναικὸς ἐγκλήματα δοὺς φθαρείσης, ἢ τὸν οἶκον ἀδίκως ἀπολιπούσης... »; e proprio non queste ultime parole. Le quali evidentemente non includono di necessità che nella donna tal facoltà di divorziarsi esistesse, potendo riferirsi a mero allontanamento di fatto; ma già, di più, esse non sono che una mera constatazione negativa; ed infine poi esse non nascono da altro [1], che dal contrapposto con ciò che invece Dionigi si vedeva attorno nel tempo suo, secondochè sopra avvertii. Nè, d'altro lato e per le stesse ragioni, potrebbero avere maggior importanza nel detto senso le susseguenti parole di Dionigi stesso: « οὔτε γαμετῇ κατ' ἀνδρὸς αἰτιωμένῃ κάκωσιν ἢ ἄδικον ἀπόλειψιν ». Le quali ultime sembra non potrebbero che rientrare semplicemente nell'« ἄλλως ἀποπέμψαιτο » di Plutarco; e però non farebbero, quando mai, se non che confermare la possibilità di tal « ἄδικον ἀπόλειψιν » del marito verso la moglie, come già sopra osservavo essere implicito nella frase stessa di Plutarco « εἰ δ' ἄλλως τις ἀποπέμψαιτο ». Più osservabile potrebbe parere, in tali parole di Dionigi, questo: che neppure sia in esse traccia veruna, anzi quasi una negazione,

[1] Nel che ha sua ragione anche l'uso qui della voce ἀπόλειψις, significante pure quasi tecnicamente il divorzio, e in ispecie della donna (cfr. PAULY, *Real-Encycl.* v. divortium, etc.), senza che ciò abbia influenza per le considerazioni fatte nel testo.

di quel che invece Plutarco soggiunge circa la perdita inflitta, all'infuori delle specificate cause legittime, al marito ripudiante, e cioè del « τῆς οὐσίας αὐτοῦ τὸ μὲν τῆς γυναικὸς εἶναι.... ». Senonchè, è mancanza codesta, a ogni modo, non troppo grave; nè poi inesplicabile: chè ciò, che qui Dionigi notava di non trovare in antico, era tutto quel sistema che si vedeva dinanzi al suo tempo, e qui era in ispecie la mancanza di quegli « ἐγκλήματα », a cui qui il suo discorso si appunta.

Procedendo ancora, per nulla disconviene colla posizione storica delle cose, quale pur risulta da Plutarco in entrambi i due passi richiamati, anzi vi corrisponde di nuovo ottimamente, quello che il solo Dionigi attesta espresso intorno all'essere il marito medesimo, e certamente quale *paterfamilias* (o rispettivamente il *paterfamilias* di lui medesimo), giudice della donna colpevole; giudice, siccome segue che si pensi, per ogni colpa; e padrone poi della gravezza della pena. Ma ben dovendo il marito giudicare in tali casi coll'assistenza dei congiunti, o meglio insieme coi congiunti, « prisco instituto » ancor dicea Tacito[1]: essendo insomma il caso di un *consilium* e *iudicium domesticum*. Può, e deve anzi, vedersi in ciò un'altra particolare condizione, o proprio additata la procedura debita e l'autorità competente, per quei ripudi romulei.

Infine, non mancano per quei ripudi, nelle memorie storiche relative, la indicazione e qualche descrizione

[1] *Ann.* XIII, 32.

delle loro forme. È troppo noto, la *diffarreatio* essere attestata qual forma di dissoluzione de' matrimoni *cum manu* fatti *confarreatione;* siccome poi la *remancipatio* si trova natural forma per la dissoluzione dei coniugii *cum manu* fatti e *coemptione* ed *usu*. E nella *diffarreatio* sembrano per di più ravvisarsi i caratteri e segni di una ben remota antichità, e però al modo stesso che nella *confarreatio;* di un'antichità, che Tacito chiamava « horrida ».[1] Ne può essere indizio la stessa circostanza del non trovarsi della *diffarreatio* pressochè nulla conservato e riferito, nulla poi dai giuristi; e l'essere dunque essa abbastanza presto scomparsa. Ed esserne maggior indizio questo: non tanto che la *diffarreatio* « genus erat sacrificii », siccome è ritratto da Festo, il quale aggiunge com'era proprio un sacrificio « quo inter virum et mulierem fiebat *dissolutio* »[2]; ma che i sacerdoti partecipavano ad esso sacrificio, « intervenivano alla dissoluzione del coniugio, facendo molte cose terribili e inusitate e tristi », e ciò secondo Plutarco stesso.[3] Dove anche si vede e fin d'ora si può notare, che della *diffarreatio*, per quanto poco, pure abbastanza si sa, per esser certi di due cose. Ch'essa appare proprio e solo una dissoluzione del coniugio (però *cum manu*, o meglio tutt'uno colla

[1] *Ann.* IV, 16.

[2] Alla v. diffarreatio, in PAUL DIAC. 74.

[3] Ρωμ. L: « ..... Οἱ δὲ ἱερεῖς παρεγένοντο τῇ τοῦ γάμου διαλύσει, πολλὰ φρικώδη καὶ ἀλλόκοτα καὶ σκυθρωπὰ δρῶντες (Aderant autem dissidio matrimonii sacerdotes terribilia multa et inusitata et tristia agentes) ».

manus), di quell' individuo consorzio famigliare, ch' era sorto colla *confarreatio*, e fino ad essa *diffarreatio* durato: ne appare questo e non di più; non cioè, per sè stessa, una diversa e maggiore punizione inflitta alla donna. Ed appare che anch' essa, così come già il nome significa e « quia fiebat farreo libo adhibito » [1], proprio alla pari e solo all' inversa della *confarreatio* (« nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est » [2]), anch' essa si riferiva, anzichè alla *manus* o potestà maritale, che or abdicavasi, quasi presa a sè sola e distinta, propriamente invece alla comunione di vita o all' essenza del coniugio, della qual comunione adunque essa rappresentava ed operava il dissolvimento; ma la quale comunione, del resto io ripeto, deve per quel tempo ritenersi, e qui stesso ci si offre, colla *manus* medesima un tutt' uno.

13. Ma, a quanto da Plutarco testè si è tratto, ecco ora star di contro la indissolubilità affermata da Dionigi, a cui n' è qui necessario di raccoglierci. Della quale notizia di Dionigi però debbo cominciare col dire questo: come, cioè, non c' è dubbio che, presa alla lettera, in quel senso che oggi ci vien fatto di dare alle sue parole, tanto poco essa sembri generalmente agli studiosi corrispondente al momento storico romuleo del diritto famigliare, quanto vi sembrano al contrario convenientissime le notizie esaminate di Plutarco. Tanto poco, dico, che infatti i più fra i moderni si levano

[1] Fest. v. cit.

[2] Ulp. *lib. 48 ad Sab.* (fr. 35 *D.* 50, 17).

d'impaccio, circa questo nodo di contraddizione, di nuovo col supporre a dirittura che Dionigi, affermando tale indissolubilità, sia per fermo caduto in un errore e in un equivoco. « Dionigi nel parlare della confarreazione pensò solo ai matrimoni confarreati del tempo suo. L'applicazione di questa forma si limitava allora ai matrimoni di sacerdoti, e questi, o almeno quello del *flamen*, non potevano in veruna contingenza esser disciolti.[1] Così egli potè facilmente sbagliare e la indissolubilità della *confarreatio* prendere come generale, se cioè considerò il matrimonio dei *flamines* quale immagine dell'àntica *confarreatio* ». Questo è del Rein.[2] E, fra altri, gli accede il Voigt; ma migliorando egli la congettura sotto due aspetti. E, in primo luogo, bene argomentando da Tacito[3], che a' tempi di Dionigi la confarreazione non fosse poi assolutamente così rara e ristretta come il Rein sembra supporre; in secondo luogo, ben osservando non risultare, che fosse costume di Dionigi il fondarsi sulla propria presente e diretta conoscenza di istituti e di leggi, bensì al contrario l'attingere da fonti e libri. Quindi esser piuttosto da pensare così: che « avendo Dionigi nelle sue fonti trovato una particolareggiata escursione su i più antichi ordinamenti famigliari e così anche in ispecie sull'istituto della *confarreatio*, ed avendone transuntato il sostanziale[4], ca-

[1] « GELL. x, 15; PAUL. DIAC. v. *flammeo*; PLUT. *Quae. rom.* 50; SERV. *ad* VIRG. *Aen* IV, 29 ».

[2] *Privatrecht*, pag. 449.

[3] *Ann.*, IV, 16.

[4] *Dion.* II, 24.

desse egli, ciò facendo, nell'errore di trasportare certe regole speciali, e propriamente applicabili pei matrimoni dei *flamines*, a tutti i matrimoni confarreati del tempo più antico, quindi esponesse senz'altro questi ultimi come indissolubili per scioglimento volontario ».[1] Similmente altri fra i moderni e pure di autorità.

Tuttavia, non manca fra gli stessi moderni taluno, e pur autorevole, che senz'altro creda letteralmente a Dionigi; però sopra ragioni sostanziali, e non soltanto per maggior deferenza all'antico storico e maggior dubitanza di sè e dei moderni. Mentre, del resto, torna qui di osservare ch'è sempre saviissima peritanza quella che i moderni abbiano di sè stessi circa notizie, le quali ne appaiano anche le più strane e incomprensibili, offerte dagli antichi; dacchè questi, per lo meno, fossero a quelle memorie e a quei fatti tanto più vicini di noi: e che bisogna pertanto essere ben disperati di trovarne la chiave, prima d'indursi a smentirle e respingerle, od a travolgerle ad altro senso dalle parole. Ripigliando il nostro discorso, « per certo (scriveva il Marquardt) la notizia di Dionigi che il più antico matrimonio confarreato sia stato indissolubile [2] e solo nel caso di un determinato trascorso della donna [3] sulla base di una sentenza pronunciata dal tribunale domestico abbia potuto esser separato colla morte [4], nel

[1] *Leges regiae*, § 6, pag. 29.

[2] « Dion. II, 25 ».

[3] « Plut. *Rom*: 22. »

[4] « Poichè pel bere vino c'era la morte, così questa sarà stata la pena

qual caso innanzi all'esecuzione della sentenza dovea aver luogo la *diffarreatio* [1], è stata nell'ultimo tempo assai recata in dubbio [2], ma è pienamente consentanea al carattere del matrimonio confarreato. Per gli stessi motivi, per cui il matrimonio del *flamen dialis* era indissolubile [3], è in generale un matrimonio confarreato indissolubile: marito e moglie avrebber dovuto dimettere le loro sacerdotali funzioni, alle quali per l'origine e lungo tutta la vita eran chiamati [4]; i figli avrebber cessato di essere *patrimi e matrimi*, cioè idonei agli uffici sacerdotali patrizi [5], e la stessa comunità patrizia

anche negli altri casi più gravi ». Riferisco anche questa nota e le due precedenti e le seguenti pure dal Marquardt, perchè ne compiono il pensiero e già contengono citazioni che io stesso dovrei rifare.

[1] « Cfr. *Staatsverwaltung*, III p. 292 n. 8. *Il sacerdos confarreationum et diffarreationum* ivi citato è del tempo imperiale, quando anche il matrimonio patrizio era stato accomodato al diritto matrimoniale allora in uso, ciò che cominciò sotto Tiberio, TAC. *Ann.* IV, 16, dietro a che poi Domiziano permise anche pei matrimoni confarreati lo scioglimento. PLUT. *Q. R.* 50 ».

[2] « REIN, *Privatr.* p. 447, dove anche quant'altro vi ha di letteratura è citato. V. specialmente KLENZE nella *Zeitschrift* del Savigny VII, 21-42. Cfr. WALTER, *G. d. R. R.* § 522 ».

[3] « V. *Staatsverwaltung* III, p. 316. »

[4] « GELL. X, 15, 22: uxorem si amisit, flaminio decedit. Matrimonium flaminis nisi morte dirimi ius non est. PLUT. *q. R.* 50. HIERONYM. *ep.* 11, Vol. I p. 30 ed. Colon. 1616 fol., *ep.* 123 Vol. I p. 906 Vallars: flamen unius uxoris ad sacerdotium admittitur. Flaminica quoque unius mariti eligitur UXOR. — Che fra il matrimonio del flamen e gli altri matrimoni confarreati fosse su questo punto differenza, suppone il REIN *l. c.* senz'alcun fondamento; i patrizi formavano non solo una comunità politica, ma anche religiosa e dovean tutti essere idonei agli uffici sacerdotali. Anche pei sacedozi femminili le donne ripudiate o maritatesi una seconda volta non sono atte, v. sopra p. 41 n. 2 ».

[5] « *Patrimi* e *matrimi* sono quelli che hanno padre e madre. *Staats.*

avrebbe sofferto danno da uno scioglimento di matrimonio ».[1]

Ed altri poi accenna e tenta altra via. « Anche prendendo il detto di Dionigi alla lettera, non potremmo intendere quella indissolubilità dei matrimonii confarreati nel senso giuridico, ma piuttosto come un ammonimento o dettame della religione; chè sarebbe stata cosa troppo contraria allo spirito dell'antichità se il marito non avesse potuto assolutamente separarsi dalla moglie ». Così lo Schupfer.[2] Ma e non potrebbe forse anche immaginarsi, che le memorie raccolte e riprodotte da Dionigi rappresentassero un momento storico, uno stadio di svolgimento, diverso e però anteriore d'alquanto a quello rappresentato dalle memorie, che Plutarco riassunse, e che Plutarco (poniamo) avesse altrove trovate? O, invece, la opinione del Marquardt (il quale, sempre pei matrimoni confarreati, di cui dietro a Dionigi discorre, si vide però riferirsi a Plutarco in quanto alle cause o ai trascorsi della donna provocanti la *diffarreatio* e la morte) potrebbe forse rendersi in parte più recisa o dividersi così: pensando,

verwaltung III, p. 220. Ma essi non hanno più madre se ella fu mandata fuori della casa. Questa circostanza è ancora importante sotto Tiberio nella scelta di una vestale. TAC. *Ann.* II, 86: « praelata est Pollionis filia, non ob aliud, quam quod mater eius in eodem coniugio manebat; nam Agrippa discidio domum imminuerat ». Ma non solo per le Vestali ciò viene in considerazione; ogni *sacerdos* deve esser *casta e castis*, com'è detto nella formula SENEC. *controv.* I, 2, 12, p. 72, 28, Bura. p. 74, 4 ».

[1] *Das Privatleben der Römer*, Leipzig 1879, pag. 67 e segg.

[2] *O. c.* pag. 164.

cioè, che Plutarco non si riferisse che ai matrimoni non confarreati; o, meglio, che quelle memorie che da lui furono rinvenute non si riferissero assolutamente che ai matrimoni non confarreati; e questi matrimoni adunque fossero stati dissolubili sì per quelle cause riconosciute e sì fuor d'esse, di contro ai confarreati al tutto non dissolubili? Ed altri potrebbe forse presentare altre possibili ipotesi.

Certo è che la questione si fa propriamente, o la contraddizione si considera in generale dai moderni come cadente sugli stessi coniugii confarreati. Chè scriveva il Marquardt medesimo dopo il passo citato: « all'incontro pei matrimoni senza *manus*, così come pei matrimoni *cum manu* artificiali [1], la separazione dev'essere stata fin dapprincipio possibile; la formula per il rimando della donna *(claves adimere, exigere)* si trova nelle XII Tavole ». [2] Soggiungendo anche, qui stesso, il Marquardt: « ed una *Ehescheidung* è ricordata già nell'anno 448 = 306 ». [3] Indi riflettendo: « sebbene pertanto riposi sopra un equivoco l'esser ritenuto il noto caso di Sp. Carvilio 523 = 231 siccome il primo di separazione di coniugio, pure da tale notizia emerge, che secondo la tradizione degli antichi le *Scheidungen* nei primi cinque secoli della città debbano esser state una rarità ». [4] Nel qual ultimo passo, già bene può

[1] « Come la *manus* sorta *usu* fosse disciolta, non sappiamo: quella sorta per *coemptio* era tolta però mediante *remancipatio*, cfr. pag. 36 ».

[2] E cita Cic. *Phil.* II, 28, 69, etc.

[3] Val. Max. II, 9, 2. Per l'anno rimanda a Liv. IX, 43, 25.

[4] Marquardt, *l. c.* pag. 69.

scorgersi, non avrei potuto tradurre la parola *Scheidungen* nè per *ripudi*, nè per *divorzi*, e nè per *scioglimenti volontari* in generale, senza da un lato sforzare il pensiero dell'autore, il quale non distingue; e senza d'altro lato decidermi fin d'ora quanto a me espressamente per l'una o per l'altra di quelle idee, anticipando sulla continuazione del mio studio, e ad ogni modo generando qui confusione.

Sulle opinioni de' moderni circa tale indissolubilità non mi pare dovermi trattenere di più.

14. Dunque torniamo a Dionigi, e stiamo pure ai matrimoni confarreati; presentando a noi stessi, innanzi tutto, queste domande. Che la indissolubilità di tali matrimoni, qual è nella frase di Dionigi, dovesse esser intesa proprio alla lettera e nel senso comune della parola ed esser riferita, come egli fa, a tutti i matrimoni confarreati (non ai soli dei flamini), senza supporne un equivoco di Dionigi stesso od una sua falsa generalizzazione dai matrimoni dei flamini, chi potrebbe oggi con tutta sicurezza escludere? Chi infatti potrebbe escludere, ch'essa ci rappresenti veramente un dato momento, quando che lo si dovesse fissare in relazione a Roma, del diritto famigliare proprio alle stirpi donde il primo popolo di Roma risultò?

Per vero, da un lato, occorre (io ripeto) un certo avanzamento, un certo svolgimento della personalità stessa della donna, perchè pur l'idea e l'istituto del ripudio medesimo si abbiano; tanto più poi del ripudio distinto secondochè giusto e senza pena o ingiusto e

con pena: e forse che, anzi, solo con tali distinzioni (già dissi), o in sostanza con tali limitazioni, l'idea e l'istituto ben si affermarono. Talchè neppur vi basta l'esistenza e fissazione del patriarcato o della famiglia patriarcale, originariamente non altro che forma speciale o differenziazione della proprietà: questa famiglia nella sua più bassa e rozza consistenza e figura sembra importare tale un assoluto diritto dell'uomo, proprietario e padrefamiglia, come su le cose e su l'altre persone anche libere, così sulla moglie, tale una libera disponibilità in lui su tutto e di tutti che gli sono soggetti, o però all'inversa tale una piena aderenza della moglie a lui; da non potersi parlare di matrimonio se non al tutto nel senso più materiale; e cioè sol in quanto la donna gli è generatrice di figli, che sono a lor volta una proprietà, insomma in quanto la donna gli è produttrice di ricchezza personale, che poi è ciò infatti per cui egli l'acquista. Quindi, da non potersi affatto parlare di dissoluzione del vincolo coniugale, nè di ripudio; dacchè la stessa uccisione e disposizione, lo stesso discacciamento della moglie, quando avvenisse, ed avvenendo per altro su lei quasi come sugli schiavi e meglio come sui figli, ancora non sembra che si potrebbe a tanto concetto innalzare.

D'altro lato, può bene una tale condizione di cose, una tale assoluta padronanza del marito e piena aderenza a lui della moglie, procedendosi verso la civiltà, cristallizzarsi, per così dire, e insieme assorgere, sopra tutto nella sanzione religiosa, a men materiale senso

e concepimento; e così atteggiarsi e affinarsi in appartenza o in unione perfino indivisibile, e fin per ambe le parti, altamente intesa per indivisibile siccome sacra. È ciò appunto che si vede ne' matrimoni dei flamini in Roma stessa e fin tardi; matrimoni vedutisi indissolubili per ripudio fino a che Domiziano non ve lo cominciò a concedere. Quest' ultima cosa, de' coniugii flaminici, lo stesso Plutarco precisamente ci attesta; e si noti bene, che partendo da certe questioni, così. « Perchè il sacerdote di Giove, morendogli la moglie, deponeva la dignità, come afferma Ateio? Forse perchè, di chi non prese una moglie, quegli che la prese e poi la perda è più sfortunato? Invero la casa dell' ammogliato è perfetta; quella di chi prese moglie poi la perdè, non solo è imperfetta, ma mutilata. O perchè era compagna di sacerdozio la donna all' uomo (chè non è lecito fare molte delle cose sacre senza che la moglie intervenga): e il prenderne subito un' altra, a chi perdesse la prima, ne è del pari possibile nè per altro conveniente. Perciò neppure era lecito per l' innanzi il ripudiare, nè ora, come pare, è lecito; ma a questi dì lo concesse, supplicatone Domiziano .... » [1]

[1] Ῥωμ., L. « Διὰ τί ὁ ἱερεὺς τοῦ Διὸς, ἀποθανούσης αὐτῷ τῆς γυναικός, ἀπετίθετο τὴν ἀρχὴν, ὡς Ἀτηῒ ὁς ἱστόρηκε; » Πότερον τοῦ μὴ λαβόντος ὁ λαβὼν, εἶτα ἀπολαβὼν γυναῖκα γαμετὴν ἀτυχίστερος; Ὁ μὲν γὰρ τοῦ γεγαμηκότος οἶκος, τέλειος· ὁ δὲ τοῦ γήμαντος, εἶτα ἀποβαλόντος, οὐκ ἀτελὴς μόνον, ἀλλὰ καὶ πεπηρωμένος. Ἡ συνιερᾶται μὲν ἡ γυνὴ τῷ ἀνδρὶ (ὡς καὶ πολλὰ τῶν ἱερῶν οὐκ ἔστι δρᾶσαι μὴ γαμετῆς συμπαρούσης)· τὸ δὲ γαμεῖν εὐθὺς ἑτέραν, ἀποβαλόντα τὴν προτέραν, οὔτ' ἴσως δυνατὸν, οὔτ' ἀλλως ἐπιεικές; Ὅθεν οὐδ' ἀποπέμψασθαι πρότερον ἐξῆν, οὐδὲ νῦν, ὡς ἔοικεν, ἔξεστιν, ἀλλὰ ἐφ' ἡμῶν ἐπέτρεψεν ἐντυχθεὶς Δομετιανός. .... (*Cur flamen Dialis uxore mortua flaminio dece-*

Voglio dire che in tali memorie e affermazioni di Plutarco pienamente il caso della morte appare in somma parificato con quello del ripudio, però dinanzi al diritto sacro, alla religione, e proprio dinanzi al sacerdozio; il che tutto è assai osservabile e significante. A quanto sembra, quella indissolubilità era tutta relativa al sacerdozio, alla sussistenza e durata di esso, o viceversa sembra aver causa e ragione unicamente nel sacerdozio, di che la persona fosse investita.[1] E, ad esempio, ugual precetto d'indissolubilità è egli da pensare si avessero anche i matrimoni che quegli, che fu flamine e per morte della moglie depose la dignità, di poi incontrasse, possibilità, che non sembra risulti negata? Questo io non so. Ma, lasciando ciò, io ripiglio: che questa condizione, che persiste ne' coniugii di tali sacerdoti fosse stata un tempo condizione generale di tutti i matrimoni confarreati, e, poniamo, restasse ristretta a tal sacerdozio quando questo si fosse costituito distintamente come tale, forse nella città o poco innanzi, chi oggi potrebbe con tutta sicurtà escludere? Al che, di nuovo, si opporrà in ispecie la fisonomia di

dit? sic enim Ateius tradidit. An quia coelibe miserior est qui uxorem amittit? Qui enim uxorem duxit, eius domus perfecta est: qui ductam amisit, eius non imperfecta modo, sed et mutilata est familia. Aut quia in plerisque sacris rebus obeundis uxor ei adest, neque ea absente peragi eas fas est? Ceterum uxore mortua confestim aliam ducere, neque factu fortassis facile, neque, ut sit, humanum videtur. Itaque etiam antiquitus uxorem repudiare non licuit, ac ne nunc quidem licet: nisi quod hoc permisit eius rei gratia interpellatus nostra aetate Domitianus.....) »

[1] Veggansi anche le altre citazioni di antiche fonti fatte dal MARQUARDT nella sua *Staatsverwaltung*. III, pag. 316, nota 1, Leipzig 1878.

orrida antichità della *diffarreatio*, ed altro. Ma, e se si trovasse di riscontro, che que' suoi inusitati e fieri ritine riconducessero per avventura la *diffarreatio* medesima al caso appunto della morte, o se dell' estremo supplicio essi non fossero che un avanzo e quasi un simbolo, a cui la più vecchia realtà scomparendo si fosse ridotta, accomodandosi anzi a forma di ripudio, però ne' soli matrimoni non sacerdotali? Riceverebbero così e darebbero sostegno le ragioni e le vedute altresì del Marquardt. E vorrebbe dire, che le memorie di Dionigi ritrarrebbero uno stadio più remoto, o almeno offrirebbero congiunte memorie di stadi diversi; e quelle di Plutarco il solo ulteriore svolgimento; sempre intendiamo che riferendosi tutte ai matrimoni confarreati. E forse ancora la nozione raccolta da Dionigi potrebbe significare, che quello rimanesse tuttavia il concetto primitivo, tradizionalmente fermo e dominante non ostante le mutazioni avvenute? E queste forse proprio avvenute ne' primordi stessi romulei della città? Certo potrebbe questa essere una spiegazione, proporsi e tentarsi come una congettura, forse non fuor di luogo[1];

[1] Quanto non risente un più rude passato, e insieme non attesta già la nuova vita, quell' altra, a noi sorprendente, memoria in Dionigi (II, 15), cioè che Romolo « a render grande e ricca di uomini la nuova città prima di tutto impose per necessità agli abitatori di essa di allevare tutta la prole maschile e la femmina primogenita, e di non uccidere i parti di men che tre anni, salvoché mutili o deformi »? Dove, forse ogni parola è una storica o, se vuolsi, preistorica rivelazione, siccome il riguardo in ispecie alla figlia primogenita; e dove forse la stessa parola generica abitatori « αἰκήτορας » potrebbe avere una ragione profonda. E vi si aggiunga pure a raffronto, ed a conferma di certo concetto della paternità, l'altro passo di

la quale, per lo meno, senza far forza alle parole di Dionigi, in qualche guisa le concilierebbe con quelle di Plutarco, ed eviterebbe a Dionigi una smentita. Spiegazione però e congettura, a cui troppo è e rimarrà incerto se vi sia buona ragione, fin che il diritto preromano non sia tolto dalle tenebre che lo ricoprono.

Senonchè, astraendo qui da codesta via, s'ha d'altro lato che non ogni analisi e non ogni sforzo pure intorno al mero passo di Dionigi (e pur dentro il cerchio romano e delle fonti citate), per intenderne tutto ch'esso passo contiene, che già esso ci dice o può farci comprendere, sembrano per anco esauriti. E qualcos'altro, pertanto, intorno ad esso mi permetto di proporre, poichè non m'è dato di più; però proporre un po' più risolutamente. Osando perfino sperare non abbia a sembrare del tutto una vana audacia la mia; massime se il senso, che alcuna parola di Dionigi ne acquisterebbe, si presenterà anche ad altri in tutta quella intima e sostanziale corrispondenza verso il complesso delle altre risultanze storiche, ed in tutta quella guisa e con quella forza, con che io in me stesso lo apprendo. E ad ogni modo, sgombrandomi così sempre meglio la via ad una constatazione storica, che, sembri o meno rispecchiata in Dionigi, ben emerge dal complesso delle cose e, secondo che parmi, certa al tutto ed incontestabile.

Il testo di Dionigi, che (lo si riprenda sott'occhio)

Dionigi (III, 22), ov'è detto, che per legge attribuita a Tullo Ostilio coloro cui nascessero tre figli ad un parto, ne avean publico aiuto nell'allevamento fino alla loro pubertà.

ne conviene ora rivalutare sotto un rapporto inverso al precedente, non può non parere un po' strano nel riguardo, che sto per notare: non potrà anzi, se bene si guardi, non confessarsi da ognuno, ch' esso ha già tutta in sè medesimo quella contraddizione che poi si scorge fra la sua affermazione d' indissolubilità e le asserzioni di Plutarco secondochè fin qui si è trattato. In effetto, partendo Dionigi dal dire, che con un solo νόμος Romolo condusse a modestia e pudicizia le donne, cioè colle nozze confarreate; e dopo aver soggiunto che queste portavano a vincolo (prendiamo ancora le parole tali quali sono) di unione indissolubile, o che dissoluzione di tali coniugii non v' era, e che non potean le donne dividersi dai mariti, nè esse ai mariti esser tolte; ecco ch' egli infine conclude, come testimonio della bontà di tal νόμος ne porga il non essere avvenuto in Roma per 520 anni alcuna dissoluzione di coniugii. Or non temo d' ingannarmi affermando, che la logica della conclusione importerebbe invece inevitabilmente tal premessa: che i matrimoni in Roma dovessero sempre essere stati, non già indissolubili, ma sì anzi dissolubili; la importerebbe, dico, se pur quell' ultima proposizione di Dionigi deve avere una forza ed un senso quali Dionigi vuol darle, o cioè se questa testimonianza del tempo deve avere quel valore, per cui Dionigi l'allega. Chè (è ben ovvio) se quei matrimoni fossero stati davvero indissolubili, per impossibilità di diritto, qual maraviglia mai ed importanza che non ne fossero avvenute dissoluzioni, le quali neppure

avrebbero potuto avvenire? Poi, passando dalle parole alla sostanza, e or come mai in seguito si sarebbe adunque passati dall'asserita primitiva indissolubilità alla posteriore dissolubilità, e quando? Ma, più, come mai Dionigi medesimo, ed ivi appunto, non avvertirebbe precisamente questo momento e passaggio, od almeno in genere tal mutazione così profonda nel diritto di Roma, e proprio qual mutazione nel diritto, anzichè novità di fatto? Mutazione, del resto, che, atteso il caso ricordato di L. Annio del 447, si dovrebbe dunque tener già per fermo essersi verificata prima del divorzio stesso di Carvilio. E però, di nuovo, vien da chiedere più precisamente, quando? Così, non si ha forse ogni buona ragione per dire che la contraddizione appare per entro la stessa narrazione di Dionigi? E, tanto più ci ridomandiamo, come risolverla? Forse, stretti anche da ciò, sarà finalmente forza di ricorrere una buona volta, cogli altri moderni, allo spediente, che la notizia dell'indissolubilità debba derivar da un equivoco, o che altro equivoco ed altra mala intelligenza, o confusione di cose e notizie disparate, in Dionigi vi sia? Ma e davvero manca un'uscita migliore? A me ancora non sembra. Vediamo.

Ed intanto, allato a tutto ciò che fin qui rilevavo, questo altresì si noti e consideri, ch'è importantissimo, e che risulta dal discorso di Dionigi, ad ogni modo innegabilmente, quanto forse improvvisamente. Le due affermazioni, che v'era in antico quella indissolubilità, e che il divorzio di Carvilio fu il primo; tali due

affermazioni, sulle quali si è fin qui seguìta la discussione altrui, sono nel pensiero di Dionigi congiunte fra loro inscindibilmente. Ossia, secondo Dionigi, la memoria e notizia di quell'antichità, e la memoria e notizia di questa novità, sono due cose correlative e quasi un tutt'uno; o in tanto per Dionigi sta l'una, in quanto sta l'altra: coi più antichi matrimoni quella indissolubilità, dal primo divorzio in poi la dissolubilità e le dissoluzioni de' matrimoni romani.

Or dunque per noi, questa seconda questione, che abbiamo incontrata, di una originaria indissolubilità de' coniugii romani, ecco d'un tratto ed inaspettatamente ci ritrasporta alla prima che in questo studio ci proponemmo, del primo divorzio: e ciò nella guisa più intima per entrambe. La spiegazione, quindi, omai parrà dovere o poter essere comune, anzi unica, sopra gli stessi elementi e su identica base. Insomma, dietro alle stesse parole delle fonti e in ispecie di Dionigi, siamo qui naturalmente pervenuti proprio al punto e centro capitale di tutto il presente problema e lavoro. E intanto, poichè a questi termini, la strada mi sembra già abbastanza libera e la preparazione sufficiente, io voglio qui senz'altro esporre, su tali due questioni insieme, tutto il mio pensiero.

15. A me pare che le parole di Dionigi affermanti quell'indissolubilità più antica, « εἰς σύνδεσμον δ' ἀναγκαῖον οἰκειότητος εφερεν ἀδιαλύτου, καὶ τὸ διαιρῆσον τοὺς γάμους τούτους οὐδὲν ἦν », si riferiscano al matrimonio *cum manu;* e che al contrario le parole susseguenti,

con che è affermato il primo divorzio, si riferiscano al matrimonio *sine manu* di Roma. O, in altri termini e meglio, mi pare che la memoria contenuta nelle prime emerga dal matrimonio *cum manu*, e ne ritenga in tutto e lo ritragga: e che al contrario la memoria contenuta nelle seconde emerga dal matrimonio *sine manu*, e in tutto a sua volta pur ne ritenga e lo ritragga. Però tali distinte memorie e notizie, che Dionigi ritrovò e con istudio fece sue, ora noi ci ritroviamo dinanzi rimaneggiate e composte in un unico discorso, ch' è omai al tutto di Dionigi medesimo; nel quale Dionigi le riproduce dopo quella elaborazione e sotto quella forma e fisonomia, per dir così soggettive di esso nuovo narratore, in che, colla riflessione ed il confronto fra esse e con altro, egli finì per presentarle credendo di meglio renderle ed offrirle.

Dopo ciò, quelle prime parole, pur riferite esclusivamente ai soli matrimoni *cum manu*, fors' anzi, se meglio piaccia, riferite da Dionigi ai soli matrimoni confarreati (e son forse questi ultimi i matrimoni più veramente romani, o solenni, e de' primi conditori della città), parmi, a ogni modo, non si debbano intendere se non che in un senso tutto speciale e relativo, giusta quelle particolarità del contesto complessivo in cui si trovano, che si son venute notando. E, propriamente, non in un senso assoluto d' indissolubilità, sì che quei primi matrimoni non potessero essere sciolti da un atto almeno unilaterale di volontà diretta a codesto, e nol potessero per diritto, ch' è quanto dire pel costume tra-

dizionale, religioso e giuridico in una. Bensì, in vece, mi paiono esse parole da intendere in tutto alla luce del contrapposto e per mera forza e ragion del contrario; inversamente a quel termine di confronto, dal cui punto di vista le notizie, che con esse parole qui si rinarravano, erano guardate, concepite, ritratte: insomma, relativamente ed in contrapposto ai matrimoni *sine manu* ed alla loro dissolubilità, in loro per diritto ingenita. Ai matrimoni *sine manu*, siccome privi di quell'incorporazione della donna nella *familia* del marito, ch'era appunto la *manus*, non poteva essere per diritto congenita e propria l'idea e indole di perpetuità (salvo il loro conformarsi, ma più che altro in fatto, all'essere de' matrimoni *cum manu*); nè quindi d'individuità di vita; e nè infine di cessazione solo per volontà del *paterfamilias* (però anche del marito come tale, ma non come marito semplicemente) e proprio per iscacciamento d'essa moglie dalla famiglia, alla pari che di ogni altro in condizione di figliofamiglia: il che tutto era invece de' coniugii *cum manu*. Viceversa, questi *cum manu* nulla affatto avean in sè qual essenza e per istituto, avean anzi tutt'al contrario, di quella non perpetuità giuridica, di quella dissolubilità volontaria (e più che altro di fatto, perchè senza spostamento di famiglia), di quel che insomma era un mero *divertere*, nel concetto e nel fatto, e che Dionigi si trovava nella Roma del suo tempo. Ed ecco, secondo me, il solo senso e la sola portata di quel suo « ἀδιαλύτου », del suo « διαιρῆσον...οὐδὲν », e dell'in-

tero contesto, da cui sopra tutto così sono appunto spiegate quelle parole. E tosto finirò col dire delle altre parole attestanti il primo divorzio. Ma non senza prima ristarmi un momento alle cose or dette, però siccome applicazioni di dimostrazioni già fatte.

Che Dionigi si riferisca colle prime parole ai matrimoni *cum manu* non mi occorre, per certo, ripetere. Ben qui si noti, in ispecie, come infatti quella indissolubilità sia prima da Dionigi asserita genericamente; poscia, di conformità a quei matrimoni, sia al tutto diversamente considerata da un lato nella donna e dall'altro nell'uomo, e nell'uomo pure in certa guisa singolare. Considerata nella donna così: come non avente essa altro rifugio, che di vivere alla maniera del marito; senza che vi si accenni affatto affatto a sua facoltà di disciogliersene (e Plutarco la nega recisamente). Considerata nell'uomo così: come avente nella donna un acquisto necessario; uscendo essa, infatti, dalla famiglia propria ed entrando nella famiglia civile di lui, con incorporazione e con destinazione, per così dire, perpetue. È un acquisto, più propriamente, questo della donna, che non poteva al marito esser tolto, come si riesprime con tutta esattezza Dionigi; senza che proprio ivi esprima egli affatto o ivi alluda, anche in modo indiretto ed implicito, a che il marito non avesse facoltà di scacciarla; e solo invece espressamente soggiungendovi la facoltà di punirla ed ucciderla. Che Dionigi, ciò stesso esponendo circa quei matrimoni, lo facesse però dal punto di veduta dei

matrimoni *sine manu* del suo tempo e risentendone tutto l'influsso, credo avere già abbastanza avvertito: tuttavia, qui mi giova insistere particolarmente, come ciò emerga apertissimo dalle stesse frasi rilevate. Dalla frase stessa del non aver la donna altro rifugio: mentrechè a' tempi di Dionigi per contro, non solo avean esse il divorzio, ma più si rimaneano senz' altro in altra famiglia civile lor propria e di regola la natia e paterna, non essendone punto pel matrimonio uscite; e si aveano così una famigliare indipendenza dal marito, erano sotto un' altra potestà patria, oppure sotto una tutela che presto, potè perfino essere non più domestica. Poi l' altra frase, del non poter esser tolta la moglie al marito, a dirittura non si comprende, se non si guarda la facoltà che a' tempi di Dionigi il padre aveva e adoperava ne' matrimoni liberi, di richiamare e proprio divorziare la figlia, o che altrimenti avea la donna di divorziarsi essa stessa quando fosse *sui iuris*.

Ed ora, pertanto, che pur si stesse Dionigi in questo secondo punto di vista, cioè riguardasse dal terreno de' matrimoni *sine manu*, venendo infine a dire del divorzio di Carvilio e (certamente dietro alla tradizione) affermandolo il primo, omai anche ciò parrebbe discendere assai naturalmente da tutto che si è tentato di penetrare, parrebbe emergere dalle viscere del discorso di Dionigi. Certamente poi esso divorzio sembra supporre tutta una certa condizione di cose, dico giusta lo stesso pensiero di Dionigi e giusta l' andamento e la connessione delle sue frasi, una condizione al tutto

diversa da quella che è da lui riscontrata e affermata pei matrimoni romulei.

Appunto a me pare, infine, quanto al divorzio di Carvilio, che esso debba esser stato il primo affermarsi nel diritto di Roma (si badi che non dico il primo verificarsi in Roma, non ostantechè il campo sia omai ristretto di tanto per la asserita priorità) della dissolubilità e dissoluzione propria ai matrimoni *sine manu*. Esso segnerebbe, a mio vedere, il momento, in che il fatto di tale dissoluzione, che supponiamo senz'altro preesistente, si cominciò però a configurare e a disciplinare; e proprio allora restringendosi esso con certi freni, circondandosi con certe determinazioni di diritto, almeno in certe contingenze; e, sopra tutto, ciò facendosi non tanto o non solo dai privati spontaneamente, ma e nel diritto della città per mezzo de' magistrati cittadini. Insomma, sarebbe quello il momento, nel quale, con tutto questo e per tutto questo insieme di cose, sarebbe uscita fuori e si sarebbe fissata nel diritto di Roma una figura giuridica nuova e distinta di dissoluzione coniugale, la figura (per dire il nome, ma senza tenervi troppo) del *divertere*. La quale pure, siccome tant'altre, si sarebbe così appresa riflessamente e fermata, proprio quando si prese a racchiuderla entro certi confini, a toglierne certi effetti troppo gravi, e proprio indirettamente dagli effetti patrimoniali: solo allora fu che di mero fatto, pur giuridico, essa sarebbe divenuta idea ed istituto giuridico positivo, e ben dovendo apparir cosa nuova. Da ciò la fama di quel caso speciale,

nel quale prima essa emerse e si costituì in tal modo e valore; da ciò la sempre rammemorata priorità: da ciò infine la sua importanza, nè solo storica e antica, ma filosofica e continua. Era, dico, un concetto, una configurazione, un istituto, che il diritto romano antico non aveva e non poteva avere; era, con essa, tutt' un nuovo ordine di svolgimento giuridico in proposito, che s' iniziava. Ecco, ripeto, perchè fu detto il primo divorzio e veramente il primo configurato nel diritto di Roma, e proprio per la cauzione e l'azione relative all' apporto di beni della donna; opera quella, possiam ritenere, dei giurisperiti d' allora, opera questa (come pur si vedrà da ritenere) del magistrato. Fin a quel momento, Roma non avea conosciuto nel suo diritto, che il *ripudio* maritale: ora invece il suo diritto acquista, per tal via e forma, il *divorzio*.

Del tutto, adunque, preciso e fedele Servio Sulpicio avrebbe scritto, « tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas.... cum Spurius Carvilius.... divortium cum uxore fecit.... ». Sarebbe stato esatto nella parola *divortium*, nella parola *uxore*, nello stesso *cum*, e nella frase « cum uxore fecit »; esatto nello stesso non dire che quel divorzio proprio in fatto fosse il primo, bensì come fossero in esso apparse necessarie per la prima volta quelle *cautiones*, e però fosse afferrata la nuova condizione e figura di rapporto. O sarebbe pur vero, che se per la prima volta le *cautiones*, ed aggiunge Gellio (e conforta il contesto di Dionigi) l' *actio rei uxoriae*, già ignote a tutto il diritto del

Lazio, furono sentite necessarie, ciò importa che quella fu la prima volta e, ripeto, fu la via e la prima forma, con che il fatto del divorzio entrò nel diritto romano, vi ebbe ospitalità, assetto e disciplina: e ciò ne basta.

Del pari, le altre antiche testimonianze riuscirebbero così abbastanza bene spiegate, o più che abbastanza giustificate; sopra tutto, il più chiaro oramai si offrirebbe l'intero discorso di Dionigi. E non si tratterebbe più, come invece portano le diverse spiegazioni congetturali de' moderni, di una o d'altra particolarità, di una modalità e novità singolare avvenuta in un unico istituto già esistente, e continuato ad esistere unico; dalla troppa accentuazione della qual novità sarebbe nata la falsa tradizione o l'equivoco del primo divorzio. No, tratterebbesi invece di un secondo istituto, nuovo per la sua forma e sostanza, quindi fors' anche pel nome; diverso cioè da un primo che corrispondeva a diverse condizioni di cose; nascente questo secondo da tutto un complesso di nuove condizioni famigliari, e accompagnato e susseguito nel diritto famigliare da tutto un complesso di nuove determinazioni. Sarebbe così penetrata quella tradizione, in sè vera, e sorpresa nel suo vero senso, attraverso le trasmissioni: per quanto la si possa ammettere forse omai non in tutto ben appresa dagli stessi antichi, da cui l'attingiamo, e non al tutto bene ripetuta da loro; siccome è certo e naturale in Dionigi. Sarebbe però trovato il fondamento comune più profondo e adeguato, tanto delle diverse manifestazioni antiche di tale intima mutazione, quanto

dei vari lati, elementi ed aspetti, nel rilievo parziale ed unilaterale de' quali stanno le opinioni diverse degli studiosi moderni.

E in particolare si noti anche tosto, come con tale intelligenza si spiegherebbe, che senza contraddizione potessero stare insieme le due notizie: da un lato, che il divorzio di Carvilio fosse avvenuto nel 520 o 523, qualificandosi secondo la tradizionale memoria di primo (insisto che veramente primo nel diritto e pel diritto in Roma); e d'altro lato, che già, ad esempio, nel 447 L. Annio avesse fatto ripudio della moglie; siccome si ha in Valerio Massimo. Dacchè omai si tratterebbe di distinguere, e ravvisare forse nei due casi due istituti diversi. Da un lato, e forse nel caso di Annio, la dissolubilità tutta unilaterale, il discacciamento della donna dalla *familia* del marito, l'istituto proprio dei matrimoni *cum manu*; che (tanto per intenderci bene e presto) potremo chiamare *ripudio* maritale, od un *exigere* giuridico che fa il marito dalla *familia* sua. D'altro lato, e forse nel caso di Carvilio, il dividersi e disciogliersi di due coniugi, non compresi nella stessa *familia* (e quindi, pur insisto, come cosa più che altro di fatto almeno nel primo tempo), sia poi per volontà d'uno o d'altro, o di entrambi ad un tratto, e sia cioè unilateralmente, com'è possibile, o bilateralmente; insomma, ciò che possiam chiamare *divorzio*, un *divertere*, che l'uno e l'altro coniuge e fin il *paterfamilias* della donna può fare.

E, del resto, si astragga dai nomi; e, meglio ancora,

si faccia perfino astrazione pur da queste spiegazioni speciali di tali speciali memorie storiche. Sta, ad ogni modo, innegabile e salda la sostanza, come fatto e contrasto e passaggio storico inevitabile e capitale.

Tale tutto il mio pensiero sul primo diritto romano degli scioglimenti volontari dei coniugii, e insieme sugl'inizii di ciò che propriamente si può chiamare ed è chiamato *divorzio*. Senonchè dovrò ora (e mi si voglia seguire) venir trattando e discutendo un poco tale mio pensiero parte a parte. Restando però, ch'io non pretendo proporre la spiegazione, ch'esso importa, in quanto particolareggiata, se non che quale probabile congettura. Spero tuttavia si ammetterà, che le risultanze storiche tutte, o le principali, le quali possono avervi riferenza paiono bene corrispondervi. Si osserverà, a ogni modo, più davvicino che possibile, il magistero storico e di civile filosofia, che sotto quella concorde notizia del primo divorzio, tutt'uno in Dionigi con quella della prima indissolubilità, può nascondersi; ed il primo momento di quella evoluzione, che la storia di Roma ci offre negli scioglimenti volontari de' suoi coniugii, in corrispondenza a quella de' suoi coniugii medesimi.

16. Adunque, la indissolubilità di Dionigi non significherebbe veramente, secondo l'ipotesi che preferisco e proseguo, se non che (se fosse lecito così chiamarla) la indivorziabilità de' primi matrimoni romani; o il non potervisi concepire e applicare quel concetto e istituto di dissolubilità, ch'era già fermamente nei

matrimoni romani del tempo d'Augusto e fors'anzi riceveva allora appunto migliore e più ordinato assetto, e che di poi rimase e passò ai tempi nuovi e ai moderni. Ma, dunque ancora, non esprime e non importa un'assoluta indissolubilità per volontà, o meglio non esclude una cessazione volontaria del rapporto di potestà della *manus* (e con essa del matrimonio) già differenziato dalle altre potestà famigliari; però ammette solo una dissolubilità e cessazione per volontà del *paterfamilias*, sia il marito o sia la persona di cui egli fosse in potestà, e solo così unilateralmente, colla ripudiazione ed uscita della donna dalla *familia* maritale in che era.

Non vi sarebbe infatti sufficiente ragione di figurarsi, almeno dapprima, la condizione della moglie *in manu* troppo diversamente, anche in questo rispetto della cessazione del rapporto, dalla condizione dei figli. Anche dei figli potrebbe dirsi, per lo meno ugualmente che per la moglie, ciò che Dionigi dice della moglie *in manu;* per la soggezione al *paterfamilias*, pel non aver altro rifugio che vivere secondo il suo volere, pel non potersi liberar da sè dal nesso di *familia* in che erano, e nè poter al padre esser tolti, per la giurisdizione e via via; sopra tutto per l'appartenenza ad ogni effetto alla famiglia e la destinazione perpetua a rimanervi, essi anzi formandone la continuazione naturale e desiderata. E tuttavia non potea appunto il padrefamiglia disporre de' figli, facendoli uscire, discacciandoli dalla *familia*, e disciogliendone ogni vincolo

e rapporto civile colla *familia* e con lui, sia per lor colpa o senza; e le figlie, in ispecie, per darle in altrui mano e matrimonio? Ciò, insisto, senza nulla togliersene alla concettuale e congenita perennità della loro appartenenza e di quel vincolo famigliare? E appunto a pensare altrettanto di quella moglie e madre tutto ne pare indurre; l'unico e strano ostacolo delle parole di Dionigi scomparendo anch'esso secondo la predetta intelligenza. Ciò, d'altra parte, senza negarsene che pur lo scacciamento o l'uscita della moglie già si fossero differenziati da quelli degli altri famigliari in potestà, in ispecie configurandosi pe' matrimoni confarreati nella figura di ripudio della *diffarreatio*.

So bene che neppure della preferita interpretazione di Dionigi (e, ripeto ancora una volta, per le ragioni ridette di già) posso dare compiuta dimostrazione e prova. Pure già quello che sul suo discorso si è osservato, mi pare non poco notevole e stringente: e qualcosa qui accade di soggiungervi. Per vero, anche analizzato come si è fatto, ed inteso come si è proposto; anche con quella disparità di memorie che vi sono amalgamate, e quel trasvolare troppo spiccio del suo ragionamento e delle sue riflessioni; o comunque altrimenti si volesse e potesse spiegare; resta pur sempre questo. Che non si capirebbe, cioè, come avrebbe mai potuto venire in mente a Dionigi quella considerazione e deduzione del « μάρτυς δὲ τοῦ καλῶς ἐχειν.... », se egli medesimo avesse pensato davvero e assolutamente quei primi matrimoni indissolubili; se dunque, per con-

verso, non li avesse trovati in qualche guisa dissolubili. Resta così, che, per gli elementi stessi e soli del discorso, la parola d' « indissolubilità » non possa intendersi, che in certa guisa relativa: e quella però, che le frasi susseguenti e l' intero contesto inducono, è proprio di mera dissolubilità per ripudio maritale e dalla *manus*. Valutandosi altresì, che il rimanente del discorso, a sè preso, non esprime punto e non implica l' esclusione di tal facoltà di ripudio nel marito: anzi tutt' altro. Tutt' altro cioè parrebbe risultar facilmente (parte a contrario, e parte per analogia e fino per argomento a forziori, e però su tali argomenti cospiranti) sì dal contrapposto con quel che recisamente è detto della moglie, di niuna sua facoltà di sciogliersi; sì dall' affermazione generale soggiuntavi, che per ogni trascorso della donna, le fosse giudice coi congiunti il marito, ed arbitro della gravità della pena; potere punitivo poi, che vi è attestato giungere all' estrema condanna nei casi di massime colpe. La qual ultima determinazione non esclude, lascia anzi luogo e lascia arguire, che per colpe minori e varie, minori e varie pene si infliggessero dal marito; e poniamo pur sempre col giudizio domestico; e che in ispecie potesse egli liberarsi dalla moglie facendola uscire dalla sua *familia* e, allora in una, dal matrimonio.

Però su' due casi più gravi ed espressi in Dionigi, dell' adulterio e del bere vino, il Rein e poi il Voigt fecero queste sottili osservazioni. « Verosimilmente (scrivea il Rein) Dionigi crede che in questi casi non si avesse

Ehescheidung, bensì uccisione della donna colpevole; poichè, come le parole successive dimostrano, era egli convinto che per 520 a. dalla fondazione di Roma non una sola *Ehescheidung* fosse intervenuta ».[1] Il Rein ne intende (traeva il Voigt da queste parole) che « per tali trascorsi il giudizio non si dirigesse alla *Scheidung*, bensì alla uccisione della colpevole... Ma (seguitava il Voigt) questa intelligenza del Rein è dall'intero andamento del pensiero in Dionigi determinatamente contraddetta. Chè Dionigi pone anzitutto la proposizione, che il νόμος ἄγραφος di Romolo sul matrimonio confarreato portò la sua indissolubilità; poi, che i trascorsi della moglie furono da Romolo assegnati al *iudicium domesticum* e in particolare i più gravi....; e finalmente, in terzo luogo, che la eccellenza di questi ordinamenti fu fatta chiara dall'effetto che ebbe, dacchè lungo 520 anni niuna *Ehescheidung* avvenisse. Or poichè Dionigi con ciò deduce l'eccellenza di entrambe le due prime statuizioni da questo, ch'esse per 520 anni antivennero alla *Scheidung* per adulterio e ber vino, non già che antivennero all'applicazione della pena capitale per tali due trascorsi, l'adulterio e il ber vino non possono in verità essere intesi da Dionigi come motivi di un giudizio capitale, bensì solo come motivi della cognizione da farsi dal *iudicium domesticum* per una *Scheidung* ».[2]

Invero, su tal punto le ipotesi possono essere due.

[1] *O. c.* p. 448 nota 3: e cfr. REIN, *Criminalr.* pag. 836-7.

[2] *Leges regiae*, pag. 30

L'una, che in quei due casi più gravi la morte si dovesse ritenere necessaria e inevitabile, ossia portata assolutamente dal costume e sempre inflitta. E in quest'idea, ch'era forse del Rein, mi pare non se ne dovrebbe tanto venire alla deduzione del Voigt; quanto piuttosto si dovrebbe pensare che Dionigi, rilevando e concludendo infine siccome fa, e proprio appuntandosi agli scioglimenti volontari dei coniugii, facesse astrazione però da quei due casi supremi, che appunto pone da soli, di capitale supplizio. Sulla quale prima ipotesi soffermandomi un istante, non voglio tacere un'altra osservazione, che qui mi cade a proposito. Io non so vedere su che cosa appoggi il Marquardt, dietro al Böcking, quella sua asserzione, di sopra riferita [1], che, nei ripetuti due casi di colpe supreme, alla morte della donna andasse innanzi la dissoluzione del coniugio per *diffarreatio*. A me anzi parrebbe, che dal diritto famigliare e coniugale romuleo cioè in Roma più antico, da quella intera costituzione civile della quale sono una parte i matrimoni *cum manu* ed in ispecie confarreati, e dalla descrizione stessa di Dionigi, non si potesse anzi a meno di derivare appunto il contrario. E cioè, che fosse necessaria l'appartenenza persistente di una persona, e così della moglie, ad una *familia*, perchè il *paterfamilias* col *iudicium domesticum* vi potesse, non solo esercitar sopra la sua giurisdizione, ma eseguire la pena; cessando invece tal potestà tosto

[1] *L. c.* pag. 67; e Böcking, *Pand.* 1853, § 46 pag. 181.

coll' uscita di quella persona dalla *familia*, sia pure per discacciamento volontario. Salvochè si dovesse intendere la *diffarreatio* come non significante e non importante la dissoluzione della *manus* e così dell' appartenenza alla *familia;* bensì soltanto la dissoluzione del vincolo coniugale, concepito e preso a sè, distinto dalla *manus* medesima. Mentre però troppe ragioni, omai venutesi vedendo, stanno contro a questo concepimento e a questa distinzione riferiti al più antico tempo di Roma. Insomma, all' inversa dell' opinione del Marquardt, io non posso a meno di pensare, che anzi la pena capitale, in quanto sentenziata ed eseguita dal *consilium domesticum* di una data *familia* su una donna, escluda il supposto di un discacciamento, di un ripudio di essa dalla *familia*, prima intervenuto. E si dovrebbe dunque dire, sempre nella detta ipotesi, che, in quei due casi più gravi, di ripudio non sarebbe da parlare affatto. E Dionigi, quindi, fonderebbe tutto il suo ragionamento sull' insieme dei casi supponibili, all' infuori però di questi due: l' argomentazione del Voigt non troverebbe più luogo per rispetto a tali due casi, sussistendo solo, e secondo che ho detto prima, per il resto.

L' altra ipotesi possibile sugli stessi due casi si è, per contro, che la condanna capitale potesse bensì intervenirvi, ma non vi fosse inevitabile e assoluta; forse essendo rimesso l' infliggerla, o no, alla decisione del *iudicium domesticum*. Ed in quest' altra idea la osservazione del Voigt implicherebbe logicamente la

conclusione ch'egli trae, o sarebbe, ad ogni modo, particolarmente importante: il ragionamento, ch'io prima facevo, includerebbe anche questi due casi, in quanto e per quando non v'intervenisse la morte. Invero, questa libertà di decisione del *iudicium domesticum* parrebbe pure potersi ritenere senz'altro; od, almeno, che a tale mitigazione, siccome infine ad ogni abbandono della pena capitale, portassero di per sè i tempi: e già intanto, Plutarco nel passo ove enumera le cause giuste di ripudio, fra esse ponendo codeste due senz'altro, vi escluderebbe in sostanza la necessità della morte. Il che non ostante, d'altro lato però non si potrebbe a meno di ammettere, che il costume rimanesse, almeno prevalentemente e per certo tempo, tale, che realmente la pena di morte venisse irrogata alla moglie per quelle due colpe supreme, ed irrogata dai congiunti; siccome, non solo le parole da Dionigi riferite all'età romulea inducono, e quasi importano, ma anche si ha da altre memorie. Quanto all'adulterio, non occorrerà innanzi tutto rammentare l'uccisione nel caso che fosse colto in flagrante. E all'infuori della flagranza, per l'età antica e ancor regia, il fatto stesso sublime di Lucrezia forse ne fa testimonio. Dacchè possa, se non m'illudo, ragionevolmente pensarsi ch'essa s'infliggesse da sè medesima quella pena, che il costume portava alle macchiate d'adulterio, troppo di solito colpevoli; « .... sese ipsa morte multavisset..... » [1]; alla qual

[1] Cic. *De re publ.* II, 25, 47.

pena, ed al precedente giudizio domestico, troppo facilmente anch' essa non avrebbe potuto sottrarsi, se la sua virtù, con raro esempio immacolata sotto la violenza sofferta, non risplendeva così vittoriosamente agli occhi pur del marito nella prova estrema del suicidio. E pur, di conserva, altre memorie, che si hanno, possono farci argomentare sì quell'antico più duro costume e sì le mitigazioni seguite: in ispecie, il sostituirsi poi anche per questo reato, siccome già in generale, del bando alla morte; e il potersi infine rimanere entro minor sanzione tutta civile. Quanto al bere vino, parecchie testimonianze ci dicono pure e ci confermano quel primitivo costume; già nella moglie di Egnazio Mecenio a' tempi di Romolo; nell' altra matrona « a suis inedia mori coactam », ed in altre; sicchè non vi può restar dubbio quanto si è detto, o men dubbio ancora che per l' adulterio. [1]

Comunque, il discorso di Dionigi ci dice che Romolo stabilì, e vuol dire che la tradizione preromana portava e il diritto iniziale di Roma conteneva, questo: che quelle due colpe nella moglie si punissero colla morte. E noi possiamo appunto, chè ve n' ha luogo, intendere che la pena estrema si usasse di regola; non di più. E possiam pure, fuori dell' applicazione della morte, congetturare il ripudio. Ad ogni modo, l' argomento testè espresso sta sempre. Che se qui, di

[1] Pel che tutto si confrontino: Rein, *ll. cc.*; Zumpt, *Criminalr. der röm. Rep.*, I Bd, 1 Abth., Berlin, 1865, pag. 355; Voigt, *l. c.*; dove son pure citate le fonti antiche, che tutti ricitano in argomento.

nuovo, e da tali due casi di massime colpe, e dagli esempi di cui è memoria, e da quel che Plutarco dice de' flamini, e in somma dal complesso delle risultanze, si volesse tornar a intravedere (pur astraendo dall'indissolubilità di Dionigi) una remota età, in cui morte e ripudio si equivalessero e non pe' soli matrimoni sacerdotali; oppure, in cui dapprima solo la morte s'applicasse, ed il ripudio poi prendesse per mitigazione del costume a sostituirvisi; il ripudio, a sua volta, dapprima neppur concepito in idea ed in istituto distinto, di poi fissato come tale, infine per mitigazione ulteriore disciplinato giusta le cause e con certe penalità: io ripeterei, che allo stato delle ricerche non mi sentirei nè di assentire nè di contraddire.[1] Per fermo, rimane incerto a qual punto esatto di sviluppo il diritto de' ripudi nelle origini di Roma si trovasse. Dionigi nè direttamente nè indirettamente, fuor dei due casi capitali, nulla proprio implica nè esclude; solo, dalle sue parole parrebbe che, fuori di que' due casi, alla morte non si arrivasse; e la logica dell'intero suo costrutto

[1] Opportuno questo passo del GRIMM, *Deutsche Rechtsalterthümer*, 2 Ausg., Göttingen 1854, pag. 451: « Seguivano la salma del signore sotterra cavalli, falchi e servi; anche le donne accompagnavano il loro marito nella morte. Di questo costume ancor oggi dominante nell'India si trovano traccie fra gli Scandinavi e gli Eruli. La leggenda fa morir di dolore la moglie, e col marito sopra un medesimo rogo esser arsa....»: e aggiunge come si trovi attestato, che « il seppellire insieme la moglie sopravvivente fosse per legge »; e pel costume degli Eruli cita PROCOP., *De bello goth.* II, 14. Ad altri il ricostrurre sugli sparsi ruderi e sì scarsi quella remotissima storia famigliare comune delle genti indo-europee. Si veggano pure i contributi del LEIST nella sua *Graeco-italische Rechtsgeschichte*, Iena, 1884.

conforterebbe la deduzione del ripudio. Mentre, infine, questo è in Dionigi alquanto curioso, e più curioso è poi che Dionigi stesso non se n'accorgesse: che l'ordinamento romuleo sarebbe stato bensì, secondo lui, tanto buono da antivenire per tanto tempo a' divorzi; non però, invece, da antivenire a quel ch' era ben peggio de' divorzi, a quelle colpe capitali delle mogli, donde le loro capitali condanne domestiche, nè sopra tutto agli adulterii. E che adulterii e tali condanne ognora intervenissero, non solo attestano le parole stesse o meglio le memorie di Dionigi; ma pur, come si sa, altre memorie e testimonianze. Soccorre, d'altro canto, Plutarco, cui finalmente possiam ripigliare; perchè, se riferito ai matrimoni romulei confarreati, ce ne direbbe egli espresso e preciso ciò, che in Dionigi manca: ossia la dissolubilità, ma per solo ripudio maritale.

Senonchè, or dunque tornando a Plutarco, parla egli proprio dei matrimoni confarreati? Invero sembra che troppo a mala pena se ne potrebbe dubitare. Chè anch'egli parla degli ordinamenti di Romolo, della originaria costituzione famigliare presso i fondatori di Roma, delle nozze sacre: e già si notò come corrisponda appunto il suo discorso con quello di Dionigi in assai cose, pur distinguendosene per altre. Corrispondono le cause stesse di ripudio; soltanto, una terza in Plutarco se ne soggiunge. Corrispondono i caratteri storici; in ispecie, il carattere religioso della penalità comminata, o ad ogni ripudio, o al ripudio non suffragato da quelle cause, a seconda che vogliasi intendere. Plu-

tarco dunque avrebbe attinto in parte a fonti più particolareggiate, od almeno sarebbe stato più minuto e preciso nel riferimento. Se pure, ripeto, non si voglia pensare ch' egli ritragga un momento posteriore rispetto alle memorie di Dionigi, una determinazione ulteriore, una modificazione avvenuta con o dentro la nuova città. Ma, a sua volta, anche Plutarco potendo in parte sorprendersi meno esatto di Dionigi, in quanto per le due mancanze dell' adulterio e del bere vino, più certamente almeno pel primo, non nota essere stata di regola od almeno in uso la pena capitale; e valendo ciò non per la sola età romulea. O forse pur questo sarebbe un indizio, che egli rechi memorie di un tempo anche posteriore? Ed ancora, chi potrebbe rispondere netto e sicuro? Chi, del pari, escludere affatto che Plutarco si riferisca piuttosto ai soli matrimoni non confarreati?

17. Dei matrimoni *cum manu* non confarreati, e cioè fatti *coemptione* ed *usu*, quanto alla loro dissoluzione volontaria, che cosa si sa? Se tutta la storia del matrimonio romano di tutta la repubblica (come si vede ognor meglio) ci è insolitamente oscura, per una quasi strana scarsità di notizie; più particolarmente oscura n' è quella dei matrimoni *per coemptionem* ed *usu;* e forse massimamente per quant' è dei loro scioglimenti volontari. Non sono e non parranno certo esagerate queste mie affermazioni, nè è artificiosa questa specie di graduazione, siccome sa troppo bene ogni studioso di tale materia.

Si ammette da tutti, che i matrimoni *per coemptionem*, ben più di quelli confarreati e sacri, quasi a forziori dovessero prestarsi ad una dissolubilità e dissoluzione volontarie fino da antico. Del resto, se il passo di Plutarco si vuol riferire ai matrimoni confarreati, esso ci attesta già in questi medesimi una illimitata possibilità (come si riconobbe) di ripudi; la quale dunque nei coemzionali e usuali non avrebbe potuto essere maggiore in diritto ed in potenza, bensì solo avrebbe potuto esser maggiore nell'atto e nella frequenza effettiva. Che se quel passo non si volesse riferire alle nozze confarreate, esso allora ricadrebbe troppo naturalmente sui matrimoni *coemptione* ed, a paro con questi, su quelli *usu;* e ne affermerebbe direttamente quella dissolubilità, sempre però per ripudio. Mentrechè poi, ad un riferimento di quel passo a' matrimoni *sine manu* non pare invero si possa pur da lontano pensare, e per più ragioni, che già di per sè s'intenderanno e seguiranno a rilevarsi facilmente.

Ma, innanzi tutto, una cosa appunto vuol qui esser espressa come fuori di dubbio. È fuor di dubbio, cioè, che anche negli scioglimenti dei matrimoni *coemptione* ed *usu* deve pienamente riconoscersi, almeno dapprincipio, una così recisa unilateralità, quale s'è verificata essenziale agli scioglimenti dei confarreati; e quale già altrove cercai raffermare nella stessa costituzione e consistenza di tutti tali matrimoni. Unilateralità vivamente significata dalle parole di Plutarco « σφοδρὸς μέν ἐστιν.... », nell'affermazione del non poter la donna

dividersi dal marito, potendo invece il marito discacciarla. Non ripeterò qui l'esame e la dimostrazione altrove fatti per fermare che, in ordine alla posizione (si badi sempre) giuridica della donna, non sono a fare differenze a seconda delle diverse formalità, con che poteansi contrarre matrimoni *cum manu*. Il che posto, non si saprebbe concepire che la donna medesima, la cui personalità, al pari di quella di un figlio, era anche qui assorbita e compenetrata o nel marito, suo stesso *paterfamilias*, o nel loro comune *paterfamilias*, qui poi potesse fare contro o con questo suo *paterfamilias* un atto giuridico; che potesse, in ispecie, di suo arbitrio e moto svincolarsi ed uscire da quella famiglia, della quale era invece un'appartenenza. Nè sarebbe meglio concepibile, che, s'ella non era *sui iuris* quando convenne in *manum* del marito, bensì era *alieni iuris*, il *paterfamilias*, in cui potestà ella già era e cessò appunto di essere per la mancipazione che dalla *coemptio* era inclusa, o per l'*usucapio* che dall'*usus;* questo suo precedente *paterfamilias*, privatosi così di ogni potestà su di lei, potesse ancora e comunque esercitarvi sopra qualche diritto od atto giuridico quasi su cosa o persona sua, insciente o nolente e addirittura non disponente verso lui il nuovo *paterfamilias*, che ora avea potestà su di lei: ciò, in ispecie, pel poterla disciogliere da quel vincolo coniugale e con esso da quella *manus* e da quella *familia*, in cui ora ella stava, ed a cui quel primo *paterfamilias* di lei per diritto era *extraneus*. È questa la deduzione

logica ed inesorabile dalla essenza stessa di quella configurazione giuridica della famiglia e del coniugio *cum manu;* alle quali, del resto, corrisponde quanto di espresse attestazioni e dirette reliquie (benchè relativamente tarde) si può in proposito raccogliere.

Una sola particolarità si deve subito ammettere, come possibile e differenziante in diritto la *coemptio* dalla *confarreatio;* sebbene solo accessoriamente. Anche la *mancipatio* della *coemptio*, al pari di ogni altra *mancipatio*, è da pensare potesse farsi (siccome si trova in uso alquanto tardi, e non può precisarsi quando cominciatosi, ma suppongasi pure che presto) con una *lex* o un *pactum fiduciae* di remancipazione. Ma, comunque, ne rimane sempre, che la condizione costituita colla *mancipatio* d'essa *coemptio* non potesse essere distrutta se non che da un atto appunto contrario, una *remancipatio*; in qualsiasi modo poi ciò fosse determinato ed avvenisse; e fosse pure, appunto, da una clausola dell'atto stesso costitutivo e per un mezzo giudiziario da essa derivante.[1]

Nel modo più preciso e significante, un passo di un dotto, e forse giureconsulto, della repubblica, passo per ventura conservatone da Festo, pronuncia ancora su quest'argomento: « remancipatam Gallus Aelius esse ait, quae mancipata sit ab eo, cui in manum convenerit ».[2] Dalla quale testimonianza si possono nettamente

[1] Si cfr. in ispecie A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I, Erlangen 1876, § 30 e segg.

[2] FEST. v. *Remancipatam.*

ritrarre più cose affermatevi, e senz'ombra d'incertezze. E in primo luogo, se ne riconferma espressamente che i matrimoni non confarreati, cioè per certo fatti *coemptione*, ma possiamo sicuramentè aggiungere *usu*, erano allora dissolubili. E già, come dissi, che non lo fossero anche prima, che non lo fossero sempre stati, non si vede nessuna ragione che dovesse farlo pensare; chè, anzi, tutto un complesso di segni e ragioni sta per la loro originaria, siccome poi continua e libera, dissolubilità. Dissolubili per atto corrispondente, ma inverso, al costitutivo. Però con questo, che la frase di Elio « cui in manum convenerit », benchè per sè generale, non appare tuttavia da riferire senonchè alle dette due categorie di matrimoni *cum manu*, cioè *coemptione* ed *usu*; e non, invece, a quelli *confarreatione*, quasi fosse anche in essi dissolubile la *manus* per *remancipatio*. Torna infatti la regola generale, che i vincoli giuridici si posson disfare con un atto, e solo con un atto, pari e contrario a quello con che furono fatti; e vi ha l'indole sacra dei coniugii confarreati; vi ha che nella *confarreatio*, nella sua stessa essenza e ne' suoi riti costitutivi, era rappresentato e quasi immedesimato il matrimonio (come bene osserva Voigt) con indole e portata tutta speciale; e che « non è mai ricordata *remancipatio* in rapporto a matrimonio confarreato » (come Voigt stesso e già Rein osservavano [1]). Mentre poi tale ristretto riferi-

[1] Voigt, *XII Tafeln*, II, § 161 nota 10, ove pur cita Rein, *Privr.* pag. 376.

mento dello « in manum convenerit » non deve in Elio far maraviglia; se si pensa, e che la *confarreatio* doveva essere allora d'uso molto limitato; e che di già doveano, invece, dividersi nel fatto il campo i matrimoni *coemptione* ed *usu* da un lato, e *sine manu* dall'altro, se pur questi ultimi già non dominavano a dirittura; e che appunto Cicerone, considerando in genere la possibilità di una *conventio in manum* (che egli poi non riconosceva nel caso), chiedeva unicamente « in manum inquit convenerat..... sed quaeso usu an coemptione? »[1]

In secondo luogo, dal passo di Elio risulta, che la maniera e la forma propria, e parrebbe anche sola, dello scioglimento dei matrimoni *cum manu* non confarreati, e ripeto per certo *coemptione*, ma s'aggiunga di nuovo *usu*, era appunto l'atto pari e contrario, secondo la regola generale, della *remancipatio;* di più, che già quasi per antonomasia se ne applicava qui l'appellativo, però in quanto riferito a persona. Ed in terzo luogo, nel detto passo si legge espresso, come tale *remancipatio*, secondo che già discenderebbe di per sè dalla considerazione astratta della cosa, fosse fatta da colui, in cui mano e potestà la donna era convenuta, e da cui ora a sua volta era ad altri « mancipata », nè potesse essere altrimenti; però di regola dal marito medesimo, oppure dal *paterfamilias* di lui.

Ed a riprova di quest'ultima risultanza ancor si

[1] *Pro Flacc.* 34.

consideri, che pur quando, di poi, la *coemptio* non era adoperata « matrimonii causa », nè era fatta « cum marito suo », sicchè non era dal coemptore ricevuta la donna « in manum ut uxorem » (per usare le parole di Gaio [1], tarde ma spiranti un intraducibile senso di storica realtà ed esattezza); pur quando tutto ciò si ritrova, e dovè essere abbastanza presto introdotto, tosto almeno coll'alterazione de' costumi subito dopo la seconda guerra punica [2], coi *senes coemptionales* già derisi da Plauto [3] ed al tempo di Cicerone già assai invalsi insieme colle altre coemzioni *fiduciariae* [4]; pur quando, ripeto, si era a codesto, ognora in queste stesse *coemptiones*, benchè senz'animo ed effetto di matrimonio e « cum extraneo », quella condizione non si scorge mutata. La remancipazione, di vero, anche qui non può esser fatta, e in realtà non è fatta, che dal *coemptionator*, o finto marito, per così dirlo; non può, per contro, la donna disciogliersi, nè può altri disciogliersi senz'altro da quella *manus*, se quel finto marito non si presta all'atto (e sia pure che potess'esservi costretto), siccome espressamente in Gaio si legge. [5] E tutto, che da Gaio si può trarre (benchè assai guasto in punti così interessanti) circa la donna *in manu*, non per *confarreatio*, ma sopra tutto per

[1] I, 114 e segg; II, 98.

[2] MARQUARDT, *o. c.*, pag. 61.

[3] Veggasi SCHUPFER, *o. c.*, pag. 100 *e* seg., anche per le fonti relative.

[4] Veggasi pure SCHUPFER, *l. c.*

[5] GAI. I, 118.

coemptio, torna a riconferma di quel che qui s'è detto. [1]

Senonchè è vero, appunto, che nella *coemptio*, quale Gaio ce la descrive, noi troviam pure due cose. L'una è questa, che così può leggersi nel codice, qui troppo monco e corrotto: « ..... quae ..... cogere coemptionatorem *potest*, ut *se remancipet*, cui ipsa velit.... nihilo magis potest cogere quam et filia patrem: sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit; haec autem (e il tema è in generale « quomodo qui alieno iure subiecti sunt eo iure liberentur », e qui è delle donne *in manu*, e a questo punto gli editori vorrebbero intercalare la parola *virum*) repudio misso proinde compellere potest atque si ei nunquam nupta fuisset ». [2] L'altra cosa è il presentarsi essa *coemptio* anche nella sua separazione dal matrimonio, ossia non importante di necessità alla pari e insieme colla *manus* il matrimonio: o, insomma, ch'essa ci mette dinanzi, in sè stessa almeno, la *manus* come consistente senza il matrimonio e da questo adunque diversa e distinta. Sicchè poi, da tali due cose insieme, parrebbe risultare che, ivi almeno, nè lo scioglimento del matrimonio portasse senz'altro la cessazione della *manus*, nè la cessazione di questa lo scioglimento di quello.

[1] Veggansi in ispecie in GAI. I anche i §§ 123, 136 e seg., 162, 166, 172, 195, etc.

[2] GAI. I, 137 *a*: e cito, come sempre, dall'edizione Krueger-Studemund, Berolini ap. Weidmannos, 1884.

E or ciò ne stringe alla domanda, di quanto mai entrambe tali due cose si debbano dire antiche? Parranno per avventura (in contrario a qualcosa che si è già accennato) originarie ed ingenite alla *coemptio*? Ma allora, però, con quale portata fin da antico, e proprio per gli scioglimenti dei matrimoni così contratti, ed anzi non solo *coemptione*, ma altresì *usu*? O, invece, non si terranno a dirittura entrambe, o più particolarmente la prima, se non che come uno dei lati ed effetti della evoluzione della famiglia, del disfacimento onde l'antica *manus* venne colpita lungo la storia giuridica romana, di quella trasformazione ch'entr' essa vennero avendo in ispecie la *coemptio* e l'*usus*? Così, sopra tutto la prima di esse non apparirà forse se non che la fissazione per diritto, omai tardo diritto, nella *coemptio* divenuta il più meramente formale, di ciò che si fosse venuto stabilendo nel costume contro la ingenita portata di quelle formalità giuridiche; forse per l'influenza dei matrimoni liberi sui matrimoni *cum manu*, e sui matrimoni *coemptione* in particolare? La seconda, poi, di quelle due manifestazioni, a sua volta, forse che sembrerebbe doverci ricondurre perfino a quella interruzione dell'*usus* lasciata in libera facoltà della donna medesima, che era già nelle XII Tavole; interruzione, che non è invero nè scioglimento di matrimonio, nè cessazione della *manus*, ma ben invece prevenzione della *manus*, e che ad ogni modo già par attestare nel diritto il matrimonio siccome vincolo, che sta e dura senza la *manus* evitandola?

18. Che *manus* dapprima non potesse darsi (quale potestà già individuatasi del *paterfamilias* sulla moglie) senza *matrimonium* compenetratovi, pare a dirittura da ritenere. Questo, che già scrissi altrove [1], mantengo. Benchè (ivi stesso soggiunsi, ed ancor parmi con fondamento) risulti che il concetto ed il nome di *matrimonium* e d'*uxor* abbiano preesistito a quelli di *manus* e *materfamilias*. [2] Con che mi parve, anzi, di riconoscere le risultanze storiche più fedelmente, o almeno più chiaramente e con meno possibili equivoci, di quello che colle espressioni di coloro stessi (e sono i più), che pensano appunto la *manus* ed il matrimonio essere stati dapprincipio inseparabili o meglio « inseparati » [3], ed in ispecie « pur nella *coemptio* originariamente l'atto della contrazione del coniugio e dell'acquisto della *manus* », cioè della donna, esser stati tutt'uno. [4] E qualche altra parola sul punto ho avuto a dire pur sopra nello stesso studio presente. Però mi si permetta di tornare un momento su di esso; non sarà inutile al discorso che qui si fa. E già, come avvertii fin dapprima, non si può appieno trattare del matrimonio, senza toccare della sua dissoluzione; ma nè viceversa.

Dico adunque, da un lato, che, mentre il concetto e il nome stesso di *matrimonium* e insieme forse il

[1] *Il matrimonio romano*, § 11, pag. 38.

[2] Ivi, § 28, pag. 132.

[3] Rossbach, *Untersuchungen*, pag. 90, nota 312.

[4] Karlowa, *Die Formen der röm. Ehe*, § 11, pag. 58 e nota 158.

nome di *uxor*, si posson concepire esistenti anche prima della organizzazione del patriarcato, e però quali manifestazioni o derivazioni dal così detto matriarcato; appunto il contrario si è certo di *manus* e *materfamilias*, presa questa seconda parola nel senso che ne appare più tecnico ed antico. Ma, una volta costituitasi la famiglia patriarcale, ed in essa l'acquisto di una donna ad esservi madre, cioè procreatrice di ricchezza personale ne' figliuoli, di tal ricchezza a quell'uomo, di cui sono la casa e la famiglia e tutto ch'è in essa; se la potestà complessiva e originariamente indistinta del *pater* vi si viene poi differenziando e specializzando a seconda delle persone su cui cade, in ispecie sulle persone libere; e se appunto quella che cade sulla donna libera presa ad esser madre, e quindi a moglie, ritiene od acquista come sua indicazione particolare il nome di *manus;* già basta ciò a significare, come questa speciale potestà così si chiami e così possa chiamarsi, in quanto includa necessariamente, e non altrimenti, quella condizione appunto della maternità o (che corrisponde allo stesso) del matrimonio. Ed una tale compenetrazione in uno di *matrimonium* e *manus* nella *confarreatio*, e all'inversa per la loro dissoluzione nella *diffarreatio*, non ha bisogno, mi credo, di ripetizione, nè già potrebbe avere dimostrazione più particolare: qualunque, del resto, sia l'origine e la originaria integra configurazione delle dette forme col *farro*. Ma poichè la donna, oltrechè rapirsi e consacrarsene poi l'acquisto con solennità religiose, si com-

però; così un altro degli atti giuridici od una delle forme giuridiche, con che si acquistò codesta *manus*, cioè come speciale potestà famigliare nel senso ora detto, si fu e rimase l'atto o la forma della *coemptio*. Mentrechè poi per potersi giungere a tanto, che tale *coemptio*, non solo da vera e reale compera (quale parmi ognor più innegabile che essa dapprima si fosse) divenisse meramente « imaginaria » o formale e simbolica, e pur tuttavia produttiva dell'effetto giuridico della *manus* matrimoniale perfettamente; ma, per di più, fosse anche solo adoperata a pura finzione (e però finzione di matrimonio, cotanto adunque il matrimonio era nella *coemptio* compenetrato), col proposito di toglierne subito di mezzo l'effetto capitale, che in realtà non si voleva, e solo invece ad ottenerne effetti secondari, che n'erano una naturale ma indiretta conseguenza; fosse, anzi, adoperata persino a fini che stavano contro alla sua propria portata ed all'ordine antico, venerato e religioso, delle famiglie, siccom'è pel *sacrorum interimendorum gratia;* od a fini, per lo meno, che rispondevano a condizioni al tutto nuove, in ispecie delle donne, siccome nel *testamenti faciendi gratia* e *tutelae mutandae* o *evitandae gratia*: per potersi, concludo, giungere a tanto, ben richiedevasi d'essersi al tutto allontanati dagl'inizi, e che si fosse già perduto delle antiche cose ogni vero senso e valore. Io non posso a meno di ritenere ciò fermamente, benchè non potendo specificarne prove più stringenti e maggiori.

Che, d'altro lato, la già decemvirale interruzione di un *usus*, il quale sarebbe riuscito alla *manus*, già significhi ed importi essa stessa tanto (e cioè tanto corso di cose e tanto disfacimento), quanto cotali *coemptiones non matrimonii causa*, ciò è ben lungi per contro dal potersi, a mio giudizio, argomentare. Anzi il significato di quella *usurpatio* appare, a mio vedere, tutt'altro. Bisogna bene, innanzi tutto, che la *manus* serbi la sua piena efficacia e virtù, propria, ingenita, antica, perchè l'evitarla con la *usurpatio trinoctii* abbia una importanza grande e così procacciata. Un tale evitarla o prevenirla è appunto l'inversa di quello, che fu poi il procurarsela per servirsene ad altri fini non connaturali ed impliciti al suo essere. Che se si chiedesse, di ritorno, e perchè adunque così presto, certo prima delle XII Tavole, dove il costume si fissa, dovesse già esistere quel costume di evitare col *trinoctium* il compimento dell'*usus* ossia l'usucapione della *manus;* e come mai già si potesse così la *manus* evitare lasciandone sussistere un mero *matrimonium sine manu*, una *uxor* non *in manu*, una *uxor* (per così dire, nè forse con imprecisione giuridica) solo *locata;* se ciò si chiedesse, non si potrebbe tentar di rispondere, che rientrando in una, o più d'una, delle più ardue questioni nella storia de' matrimoni romani. E di rientrarvi appunto è qui luogo, benchè con brevi parole; sia perchè più cose si poterono solo frattanto vedere; sia per una diretta e precisa importanza allo stesso presente argomento: mi vi sarà anche possibile, come mi è stato,

di profittare d'osservazioni e censure fondate e giuste, che mi furono fatte.

Della forma dell'*usus* io già dissi (dietro all'autorevole opinione altrui), che potesse essere riguardata qual surrogato od integrazione della *coemptio*, pei casi in che questa mancasse affatto o fosse difettosa, e pur solo ne mancasse o fosse difettosa la forma[1]; questo accennai, ancorchè parendomi che lo schiarimento pieno della genesi e originaria configurazione dell'*usus* non fosse essenziale a ciò che mi occorreva ed occorre di porre in sodo. Or io volentieri ammetto, che tutto il primo essere di tale *usus* sia estremamente incerto ed oscuro; e che quel modo, in che formulai il pensiero possa non parer felice e compiuto.[2] Ma certo è, del resto, che tale questione è una sola coll'altra, forse altrettanto ardua, dell'origine in genere della usucapione. Ed, in somma, anche qui su di ciò mi basti il ripetere, se non ad una risoluzione, piuttosto ad una specie di eliminazione (qui secondo me sufficiente), che per le stesse vie e cause, negli stessi modi, ed infine cogli stessi effetti giuridici (salvo la diversità degli obbietti famigliari o patrimoniali), per cui e con cui la *usucapio* delle cose dovette stabilirsi accanto alla *mancipatio*, così dovette l'*usus* accanto alla *coemptio*,

[1] *Il matrimonio romano*, § 14 pag. 54, 56.

[2] Veggansi le serie e dotte osservazioni del mio egregio e carissimo collega il prof. CARLO FADDA, nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Roma, 1887, fasc. 1, pag. 113 e seg.; a lui m'è grata l'occasione di professarne pubblicamente, colla stima e l'amicizia, la viva gratitudine.

Più interessante sarebbe (continuando il discorso presente) rendersi ragione del perchè si volesse così presto dell'*usus* interrompere il corso a prevenire la *manus*. Però, or come incominciava quel rapporto, sul quale poi correva quell'*usus*? Ossia, come si costituiva quel *matrimonium*, chiamiamolo senz'altro così, sul quale correndo, l'*usus* perveniva alla *manus*, o si compieva nella *manus*? Ancor non veggo poter aggiungere, in risposta, nulla a quanto già dissi. Bensì ripeterò, che certo quel rapporto era tosto un vero *matrimonium*, ma *sinè manu*.[1] E sta ognora, che nella disposizione delle XII Tavole, qui in discorso, si avesse forse, benchè in via indiretta e negativa (come per altro accade di solito), una prima ricognizione del matrimonio libero, sotto la forma del considerare e disciplinare all'inversa proprio la costituzione ed il sorgere, o meno, della *manus* matrimoniale per *usus*. Senonchè, insomma, qui si ricade per ogni lato e indispensabilmente nella questione dell'origine dei matrimoni liberi o *sine manu* in Roma: la quale pure trattai; ma e qui mi giova richiamare con quale indirizzo e quali rilievi e congetture; mi giova, in ispecie, richiamare certo complesso importante di memorie e riferenze storiche, perchè più vicine (si vedrà) di quel che prima si pensi alla nostra questione del primo divorzio nel diritto di Roma.

19. Mi vien acconcio in questo proposito di cominciar confermando, come ciò, che sopra tutto mi

[1] *O. c.*, § 14, pag. 55.

parve e mi pare non potersi ammettere, si è l'opinione, la quale è invece comune: che i matrimoni *sine manu* nascessero, come per indiretto, da quelli stessi *cum manu* con quella interruzione dell'*usus*; interruzione, che introdotta o dapprima sancita nelle XII Tavole, indi avanzata ed invalsa, sarebbesi infine generalizzata; e sarebbe invalso e generalizzatosi con essa, o riconosciutosi e fissatosi di conserva nel nuovo diritto, quel vincolo matrimoniale, su cui l'*usus* correva e da cui coll'*usurpatio* si scongiurava il costituirsi della *manus:* tanto sarebbe invalsa codesta interruzione, che di poi neppur più occorresse constatarla veramente o richiamarvisi, bensì intendendosi senz'altro essa, e così il matrimonio libero; insomma venendo meno anche quella formalità, quasi foglia disseccata che cada da sè.

E piuttosto congetturai (vieppiù poi della congettura raffermandosi in me la persuasione), che l'origine dei matrimoni liberi dovesse essere, non solo ben antica pur essa, ma altresì indipendente dagli altri matrimoni; e proprio, dietro l'opinione già messa innanzi da altri [1], potessero i matrimoni liberi essere una derivazione da un sistema preesistente, e sia pur remoto relativamente a Roma, di parentela e famiglia materna. [2] Pensai in ispecie, che codeste unioni libere,

[1] Bernhöft, *Staat und Recht der röm. Königszeit*, 1882.

[2] Non posso a meno di richiamar qui ad alcuni passi di Cicerone, *De republ.*, II, relativi ad un fatto, cui già allusi e che fu già da non pochi, nè da poco tempo osservato: richiamar qui, in ispecie, ad uno di essi;

forse adunque ininterrottamente derivanti da sistema materno, e così fuori della *manus* patriarcale e patrizia, fossero sopra tutto le unioni de' plebei. Nè però, d'altro lato, potei a meno di rilevare, come ancor fresca si risenta in Roma la instaurazione medesima ed organizzazione del sistema paterno; e, più, come nelle stesse storiche descrizioni delle nozze patrizie e nelle antiche riferenze ad esse, si scorga quasi un alito o accenno di qualcosa di diverso da quell'ordine famigliare aristocratico e proprio del costume ordinato ed ormai legittimo o divenuto normale. Mentre poi, di bel nuovo, codest'ordine patriarcale si presenta pressochè essenziale alla città, o tale che su esso stava l'organizzazione politica costituita; tutta infatti maschile, tutta di *patres* e *patricii*, militi ed agricoltori. Di fronte al quale ordine, pertanto, mi sembrò e sembra, che almeno dentro alla nuova città e nella sua vita, se non

che sembra gittare come un vivace sprazzo di luce attraverso le tenebre. « Post enim (fa dire Cicerone a Scevola nel § 18, 33) Numae Pompilii nepos ex filia rex a populo est Ancus Marcius constitutus.... ». Ed ecco poi, subito appresso: « tum Laelius: Laudandus etiam iste rex, sed obscura est historia romana, si quidem istius regis matrem habemus, ignoramus patrem ». Il che Cicerone attribuiva a mera mancanza di memorie e tradizione storica; e noi possiamo omai vedervi ben altro. Poi potrebbero ricordarsi le più note successioni nel regno dei Tarquinii; dello stipite dei quali, Demarato, Cicerone stesso dice al § 19, 34: « ..... quum de matrefamilias Tarquiniensi duo filios procreavisset..... »: ed altre particolarità, che già altrove rammentai. Mentre si sa, che Cicerone per queste notizie ricorse ad ottime fonti e coscienziosamente. E mentre si trova di regola, come, per ciò che riguardi i capi, i re, con più religiosa e assai più lunga osservanza rimangano ferme nella tradizione norme ed istituzioni proprie di una precedente e già remota età.

anche di già innanzi ad essa, quelle stesse unioni libere più remote, derivanti dal matriarcato, dovessero corrispondentemente atteggiarsi o quasi piegarsi e indirizzarsi; cioè anch' esse conformandosi a famiglie pur maschili e paterne. Ossia i figli, ne' quali se ne riduceva tutta la importanza ed essenza, attribuendosene non alla famiglia della madre, ma sì del padre.[1] Del padre con ciò divenendo, in altri termini, anche queste famiglie da unioni libere (o unioni, se vuolsi di un ordine di mero fatto); ancorchè qui mancasse quell' acquisto della donna generatrice, e così moglie, all' uomo, che le nozze aristocratiche colla *manus* portavano e su cui in esse, di per sè e indispensabilmente, fondavasi l' appartenenza stessa dei figli al padre.

E or se paresse consentaneo a tutti tali rilievi ed elementi, l' argomentare per congettura, che ai patrizi medesimi, i quali a ogni modo si debbon tenere passati, più o meno avanti i primordi di Roma, attraverso al sistema materno; ai patrizi medesimi, prima di costituirsi (diciamo con Vico) circa al modo de' Polifemi d' Omero in patriarcato; non fosse stato del tutto ignoto e straniero quel sistema di unioni libere, che più pro-

[1] Rilevava frattanto il carattere unilaterale paterno della famiglia romana, illuminandone la distinzione fra le due specie di matrimoni romani, anche I. E. LABBÈ *Du mariage romain et de la manus*, nella *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, XI, 1, Paris 1887 pag. 1-20. — E posso qui avvertire, come assai cose interessanti in relazione a tal punto e in genere alla storia del matrimonio possono vedersi in I. GRIMM, *Deutsche Rechtsalterthümer* 2. Ausg., Göttingen, 1854, in ispecie a pag. 443 e seg.

priamente presso i plebei si è pensato che stesse: tanto più ne diverrebbe naturale, che quella stessa unione, dalla quale scongiuravasi coll' *usurpatio trinoctii* la *manus*, altro a dirittura non fosse, che un avanzo, una derivazione o deduzione continua, una trasformazione operantesi da quella più remota condizione di vita ad una nuova. Che invero fra lo stesso costituirsi patriarcalmente de' patrizi potessero restar tali strascichi o avanzi, non par troppo strano. Ma, sopra tutto appo i patrizi nelle nuove condizioni, dovendosi per certo quelle unioni libere a mero *matrimonium* conformare in patriarcato, o in attribuzione de' figli al padre. Però non sembra, del pari, strano che ciò potesse seguire come in due correnti, e quindi avvenire fra essi patrizi in due modi. O così appunto, che, pur senza (nonchè la *confarreatio*) neppur la *coemptio*, si ammettesse coll' *usus* potersi arrivare a quel che avrebbe fatto la *coemptio* (e precisamente come sulle cose), alla *manus*. Od, al contrario, ammettendosi appunto, che anche all' infuori dell' acquisto della donna, o della *manus*, tuttavia i figliuoli seguissero il padre o fosser di lui, così come nel caso della *manus:* e però potendosi senz' altro, o venendosi introducendo di potersi interrompere l' *usus*, impedire il compimento di quell' usucapione di moglie, che avrebbe valso come la compera della moglie stessa.

Non ne potrebbe emergere più materiale bensì e più rozzo, ma pur più determinato e preciso quell'*usus*, siccome possesso, godimento, o in somma possesso ad usucapione della donna. Non potrebbe anzi l' animo

di quell'*usus* meglio esprimersi, in quella sua informazione e affezione non a coniugalità ma a paternità, che con quella ben nota formula dell'« *uxorem habere liberum sibi quaerundorum causa* »; e questa a sua volta non potrebbe acquistarne (se non m'illudo) più penetrante e profondo senso, mirabilmente parlante, mirabilmente attestanteci la patriarcalità fissata anche in codeste unioni, mirabilmente emanante dalle viscere stesse della storia col linguaggio delle cose. Ma si può anche lasciar ciò ed altro. Lasciar stare, ad esempio, il quando precisamente tali svolgimenti fra i patrizi sian avvenuti; e se entrambi a un tempo e correlativi, o non così; se già prima della città romulea, e trapiantativi già in certo avanzamento, o se invece solo dentr'essa; se infine, per uno almeno di essi e in ispecie il secondo, avendo influito sui patrizi i plebei, o se viceversa. Si può, ripeto, lasciar stare una più minuta analisi degli elementi di quell'*usus*, con cui « veluti annua possessione usucapiebatur »[1]; e poniamo non corrispondessero che a quelli della *usucapio hereditatis* detta poi *improba* e *lucrativa*. Lasciamo anche di precisare, ciò che mi sembra però da tenere senz'altro per fermo, che fin dapprima in Roma anche codesto *usus* coniugale, benchè con tal rispondenza all'*usucapio* delle cose, pure facesse di già parte, al pari della *coemptio*, del *ius connubii*, e non invece del *ius commercii*; per una di quelle stupende e sorprendenti

[1] Gai I, 111.

distinzioni, uno di quei netti e profondi concepimenti giuridici, che sono vanto così singolare del popolo di Roma e fino da antico. Tutti codesti lati sono accessorii verso il nostro punto qui capitale.

Presso i plebei, non giunti a tanto quanto i patrizi, nè ammessi a tanto quanto questi neppure nella nuova città, ch'era però appunto di questi; non ammessi cioè in Roma a godere il diritto coniugale, o meglio famigliare, proprio de' patrizi e forse de' loro accomandati: presso i plebei l'acquisto della donna all'uomo non sarebbesi mai avuto. Bensì per i plebei sarebbesi soltanto fissato l'acquisto dei figli al padre; donde in diritto una famiglia pur tutta maritale e paterna, ma senza moglie e madre affatto, rimanendovi questa *extranea,* siccom'è appunto ne' matrimoni liberi. Nei quali poi, se si gitta lo sguardo all'avvenire, la indipendenza della donna ben dovea essere proseguita e svolta; quasi rifiorendo essa così e ripigliandosi su tali tracce di una più remota condizione, precedente alla mera patriarcale: condizione, da cui coll'appropriamento delle donne e colla violenza maschile s'era usciti; ma tracce, cui pur il patriarcato avea accolte e serbate nel suo seno. Interessantissima manifestazione del perpetuo contrasto fra la natura delle cose e la lor forma o configurazione civile.

Sempre a questo si torna, che il rapporto configurato, importante pel diritto civile romano, era la paternità; che tradizionalmente rimase a informare la trattazione della famiglia entro alla patria potestà fin

negli stessi Commentari di Gaio e fin nelle Istituzioni giustinianee. Mentre il coniugio per sè, il matrimonio, benchè fatto e vincolo di fatto preesistente e preconcepito, pur non ha dapprima neppur sua figura giuridica, bensì esso stesso si conforma a figliazione e paternità nell'appropriamento della donna all'uomo. Appropriamento però, che, per generale storia umana, fu il modo, onde col costume avviato a civiltà si condussero a morigeratezza e pudicizia le donne: e or (si noti) queste appunto sono le frasi di Dionigi pel costume romuleo delle nozze. Fuor del quale appropriamento è omai naturale non si considerasse che il mero fatto di una unione, di un matrimonio, ossia di maternità o procreazione, «... a matris nomine.... unde ipsum matrimonium dicitur... »[1]; fatto altresì, ch'era una discendenza, per ancor fresca memoria, da un vivere come naturale, inordinato e scomposto, quasi promiscuo e ferino: ed ecco il senso delle parole superbe, ma penetrate nel loro essere storico e ricondotte sotto la lor luce storica, del discorso de' consoli contro la proposta di Canuleio. O, ancora, quel mero fatto del *matrimonium* non era, pel diritto di Roma dapprima, un vincolo giuridico, non vi avea costituzione e figura giuridica: niun vincolo civile infatti era dapprima fra marito e moglie (*vir et uxor*) soltanto, fra il *paterfamilias* e quella donna ch'era a lui *uxor*, o *mater* di prole, ma ch'era appartenente ad altra *familia*.

[1] A. Gell., xviii. 6, 8.

Bensì anche quelle unioni a mero *matrimonium* dovettero in fatto, come si è detto, conformarsi a quelle con appropriamento della donna o *cum manu;* e fu infatti così, ed ognor più coll'avanzare nel tempo: sopra tutto pel rapporto appunto fra i coniugi, e più tardi fra la madre e i figliuoli. Pel rapporto fra il padre e i figli, si comprende come vi fosse, prima di quelli, fissato; già essendo così anche in esse il padre « certo », anche in esse avendo egli in potestà i figli, e questi seguendo lui; ch'è in sostanza il contrapposto da Canuleio ai consoli. Però con ordinamento e disciplinamento, in fatto sempre maggiore, della stabilità e costumatezza e pudicizia civili anche in esse unioni; fino ad accoglimento o costituzione fermi nel diritto positivo. Ed omai si può in tutto valutare, qual troppo indiretta e inversa ricognizione ne fosse la disposizione dell'*usurpatio trinoctii* nelle XII Tavole; quando ancora non poteron quelle unioni esser miste fra patrizi e plebei. Si può, invece, ognor meglio riconoscere, e più forse che fin qui si sia fatto, quale punto capitale di partenza pei matrimoni *sine manu* proprio nel diritto della città romana, segni la legge Canuleia.

I gradi di questo storico corso a noi sono ignoti; sol quasi qualche fastigio si vede qua e là sopraeminente, che ci avverte delle tappe e del viaggio. Alla fine, quando Augusto (sia lecito tanto anticipo sul tempo) imponendo ai divorzi una forma, stabiliva, com'è attestato, che si facessero con sette testimoni, più il liberto pronunziante la *nuncupatio*, di poi scritta nel *libellum*

divortii; certo ei non faceva che prendere le forme della *remancipatio*, certo ei non si riferiva che ai matrimonii *sine manu*, cui così trasformate ei le applicava. E io voglio dire che da ciò si confermano e risultano più cose. Non solo, che già i matrimoni liberi dovean allora tenere il campo; chè infatti di soli essi si parla o ad essi soli necessariamente ci si riferisce, ricordandosi dagli storici il « modum » che Augusto « divortiis imposuit ».[1] E non solo, che i matrimoni *cum manu*, che fin allora avean resistito al predominio dei liberi e forse ancora duravano di contro a loro almeno « dicis gratia » (astraendo qui della *confarreatio* mantenuta a certi effetti religiosi), erano appunto quelli che si discioglievano colla *remancipatio*, cioè contratti *coemptione;* e appena è se omai vi si possano più unire quelli *usu*. Ma, che altresì un ben forte avvicinamento era venuto verificandosi fra codesti matrimoni *cum manu* e quelli *sine manu:* ciò, che qui più monta e ne dà come uno sprazzo di luce all'indietro nella loro storia. Dico di codesti matrimoni *cum manu*, cioè non confarreati, e di quelli in ispecie *coemptione*; e appena è, ripeto, se qui possa dirsi anche *usu:* chè appunto in tal andamento di cose dee forse pensarsi obliteratosi l'*usus*, e forse obliteratosi formalmente proprio in particolare colle leggi d'Augusto.[2] E dico un avvicinamento, tale e tanto però da potersene in sostanza omai

[1] SVET. *Aug.* 34.
[2] GAI. I, 111.

accomunare per la dissoluzione le forme. E or di un andamento della *coemptio*, che a tale la potesse condurre parmi si abbiano significanti tracce, se ben s'intendano.

Invero così parrà si sia proceduto, quasi d'un salto, troppo innanzi. Mentre parrà, piuttosto, si dovrebbe dimostrare come un tale andamento della *coemptio* veramente avvenisse, e così il suo avvicinamento coi matrimoni *sine manu* avanzantisi. Ma e che cosa minutamente e provatamente si potrebbe rispondere? Senonchè, egli è che a me sembra si traggano appunto dalle cose frattanto discorse tali elementi, da poterne avere qualche, e forse sufficiente, risoluzione le due questioni, da cui per ultimo si partì circa la *coemptio*: la distinzione, cioè, in essa del coniugio dalla *manus*; quindi la dissolubilità del coniugio distinta dalla cessazione della *manus*.

Vale infatti per entrambe (e già entrambe tornano ad una sola), che prima dovesse il vincolo coniugale per sè, come unione libera o come mero *matrimonium* (senza di quella potestà e quell'appropriamento in che già si era compenetrato e differenziato sotto il nome della *manus*), essersi affermato e fisso nel diritto positivo di Roma, e proprio come tale; prima, dico, ch'esso potesse di per sè e come tale aver effetto e contrapporsi alla *manus* medesima. In altri termini, quel vincolo dovea già, di mero fatto, esser divenuto vincolo giuridico, aver ricevuto figura giuridica; per

[1] Gai, I. 111.

aver efficacia giuridica, e poter stare in diritto di fronte alla *manus;* per potersi, con valore positivo di diritto, fare nella *manus* la distinzione del rapporto di potestà per sè e del rapporto di mero coniugio, e l'uno e l'altro anche distintamente concepire e far valere. Ciò a me sembra omai d'una evidenza quasi incontrovertibile. E vi corrisponderebbe, appunto, che man a mano che il vincolo coniugale di *vir et uxor* per sè solo venne avanzandosi, non solo nel fatto e nella vita, ma proprio nel diritto di Roma, dalle XII Tavole alla legge Canuleia, e via via; di conserva venisse avanzando nel diritto stesso il distinto concetto ed effetto della *manus* e del *matrimonium*, sotto più rapporti; e della *manus* si dividesse il contenuto: tanto acquistando di vita e rigoglio nel diritto il *matrimonium* di per sè, quanto ne perdeva la *manus*, e fin questa applicandosi non *matrimonii causa*, ma per gli altri scopi che si sanno e *dicis gratia* o per finzione. Essendo poi naturale che ciò avvenisse consuetudinariamente, e sopra tutto nella *coemptio,* non religiosa come la *confarreatio* (dove a tal scisma occorse tanto maggior sforzo, ed un atto apposito legislativo) e più dominabile e atteggiabile dalla volontà; mentre l'*usus*, o meglio quella *possessio* di *manus* coniugale che vi avrebbe condotto, doveva naturalmente di per sè nel fatto confondersi col mero *matrimonium* avanzantesi nel diritto più e più, come si è detto, per quell'« ipsa desuetudine » che Gaio attesta[1].

[1] Gai, I, 111.

E per la prima delle dette questioni, dopo tutto ciò, a me non occorre più diretta prova a tal conclusione. Mentre poi, insieme, la seconda è risoluta: solo, su questa richiede qualche parola il passo espresso di Gaio [1], attestante poter la donna medesima « repudio misso » costringere il marito a liberarla dalla *manus*, o insomma poter essa far divorzio e poter costringere il marito a ripudiarla. Sul quale il Voigt scriveva: « la liberazione dalla *manus* può la donna dopo la *Scheidung* ottenere per forza secondo Gaio I, 137, ciò che è certamente un antico principio ». [2] E, debbo omai dire reciso, a me pare invece altrettanto certamente il contrario. Dovendosi poi sul passo stesso in particolare fare le seguenti riflessioni. Intanto, non vi è neppur detto che il semplice mandare essa donna il libello del divorzio, chè (si tenga ciò per ora come provato) tanto significa il « repudio misso », importi dissoluzione del coniugio; bensì, soltanto, mezzo per costringere il marito appunto, e di nuovo, a fare egli lo scioglimento della *manus* ed insieme parrebbe, almeno ad ogni effetto, del matrimonio, ossia colla *remancipatio*, col ripudio maritale. Ma e poniamo anche che il « repudio misso » significasse in tutto dissoluzione del matrimonio per sè. Vi ha di più, che tanto potea fare la donna sotto la finzione, a quanto pare, « atque si ei nunquam nupta fuisset »: chè, adunque, l'esser andata in coempzione e nella *manus* al ma-

[1] I, 137, 137 *a*.

[2] *Die Lex Maenia*, pag. 31, nota 51.

rito era essergli *nupta* o nella *nuptiae*, e però *nupta* in tal guisa, che veramente non avrebbe ella potuto come tale mandargli il libello del divorzio; ma quasi essendosi ciò ammesso, ripeto, sotto quella finzione, come se non gli fosse mai stata così data in moglie e in potestà. Inoltre, la frase stessa « repudio misso » implica si fosse già introdotto il modo di divorzio per *libellum divortii*, e generalizzatosi; anzi applicato anche là, dove un'altra forma storica era propria, la *remancipatio*, che certo in sè non contiene e per sè non comporta veramente quel libello, massime della *remancipata* stessa al remancipante, a cui essa è in potestà. Infine, se quel « cogere » e « compellere » s'intende pel ricorso alla pubblica autorità, chè non si saprebbe altrimenti, ben può spiegarsi dopo introdotto ed invalso generalmente l'intervento dell'autorità stessa, ed in ispecie il *iudicium de moribus;* non si vedrebbe, per contro, a quel mezzo di costrizione riferirlo nella costituzione antica della famiglia; ed anzi non si potrebbe, sembra, ritenere applicato alla disfacentesi compage di questa, che alquanto tardi. Salvo solo che si riferisse tale coazione al caso di una clausola *fiduciae* della mancipazione o *coemptio* medesima, donde un'azione risultasse al padre della moglie (o ai tutori?), da cui la *coemptio* fu fatta: nel qual ultimo caso però non sembra tratterebbesi più, e in nessun modo, della donna stessa coempta, di cui invece parla Gaio; e si tratterebbe della forza di una clausola della coempzione stessa, non di un atto posteriore; e non

di un atto di mero divorzio, cioè che cadesse direttamente solo sul vincolo del coniugio, bensì proprio sulla *manus* e la sua estinzione implicante quella del coniugio. O salvo si volesse pensare ad un richiamo della donna al *consilium domesticum*, forse però ancor meno ammissibile.[1] E tutto ciò senza dire, ch' io non so vedere sia così fuor di dubbio che la detta notizia di Gaio si debba riferire alla *coemptio* « *matrimonii causa* », o non invece a quella *dicis gratia*. Mentre, il luogo speciale è troppo guasto per concluderne fermamente, non ostante il « *nupta* » delle ultime parole; e la parola *virum* vi è intercalata dagli editori; e l'intero trattato, cui il passo appartiene, non par lungi dall' appoggiare anche la seconda intelligenza.[2] Nella quale le parole, per la corruzione del testo isolate, subito precedenti in Gaio, «... nihilo magis potest cogere quam et filia patrem... », potrebbero per avventura esprimere la regola generale e forse ognor ferma nella *coemptio* « *matrimonii causa facta* », escludendone allora fin quella facoltà della donna di che qui si discute.

Certo, insomma, è peccato non soccorrano dati per chiarire in tutto la condizione prima e la storia dei matrimoni *coemptione* ed *usu*. Però certo è ancora non la si potrebbe appieno considerare e valutare, nè così potrebbersi valutare le manifestazioni delle fonti

[1] Può vedersene VOIGT, *Lex Maenia*, al luogo testè citato, cioè a pag. 30-31 nel testo.

[2] Si cfr. in ispecie GAI. I, § 114, 115 etc.

che vi si possano (se già vi si possano appunto) rife rire, se non passando insieme alla condizione e alla storia de' matrimoni *sine manu*. Dai quali o si tratta di distinguerli; o coi quali altrimenti si tratta di sorprenderli parificati e confusi, e man a mano che i tempi li abbian mutati. Or dunque a questi ultimi ci convien omai di venire.

20. Ma prim'ancora di passare ai matrimoni *sine manu* ed ai loro scioglimenti volontari, un' ultima domanda vi ha circa i matrimoni *cum manu per coemptionem* ed *usu*. È da riferire anche a questi ciò, che Dionigi dice de' confarreati, che dei trascorsi tutti della donna (e sembrò potersi intendere anche quanto a un possibile ripudio) era giudice il marito offeso ed arbitro della misura della pena giudicandone coi congiunti? Ed è pur a riferirvi ciò, che Plutarco afferma sì delle cause riconosciute giuste di ripudio; e sì che, ripudiandosi fuori di esse dal marito la moglie, questi patisse quella perdita patrimoniale, che si notò in parte ricadente anche a favor della moglie, insieme poi collo θύεσθαι χθονίοις θεοῖς? La prima di queste due domande ne induce a considerare un po' più davvicino e generalmente il *consilium* e *iudicium domesticum*; siccome farò brevemente. La seconda, mentre da un lato è assai connessa alla prima, dall'altro non ha quasi nelle fonti basi di studio; e anch' essa, a ogni modo, ne induce alla considerazione stessa, con che si è chiuso il paragrafo precedente, quasi cioè non potersene parlare senza passare insieme ai matrimoni *sine manu*.

Ristiamo, pertanto, un momento sul *consilium* e *iudicium domesticum*. Quand' anche si dovesse ritenere col De Fresquet, che « delle tre relazioni » di parentela, e cioè o per agnazione o per cognazione o per affinità, « una sola era presa in considerazione nel diritto romano per la composizione del tribunale domestico, ed era la cognazione » [1], e questo proprio per l'antica Roma; sempre starebbe, a ogni modo, pel *iudicium domesticum* ciò, che vi è capitale e lo è particolarmente pel presente tema. Cioè starebbe pur sempre (come ammette pacificamente lo stesso De Fresquet), che in esso il *iudex* e *ius dicens* « è il paterfamilias medesimo », coll' assistenza de' congiunti ed altresì di amici, quali poi che costoro si fossero. E sempre starebbe, che al « *iudicium domesticum* di lui son soggette anche le donne maritate della casa, in quanto però esse vi appartengano, quindi in quanto per la entrata loro nella *manus* sian divise dalla lor famiglia naturale e trapassate in quella del marito ». O, viceversa, starebbe in somma, a ogni modo, che il marito è il *iudex domesticus* della moglie *in manu;* e che « coll' assistenza del concilium famigliare il marito come *iudex domesticus* conosce » delle colpe di lei, e pertanto anche « della causa di scioglimento del coniugio », ed anche sopra questa sentenzia interamente e ne infligge gli effetti dannosi. Ho adoperato parole del Voigt. [2]

[1] *Du tribunal de famille chez les romains*, nella *Revue historique de Droit français et étranger*, I, 1, Paris 1855, pag. 125-147.

[2] *Lex Maenia*, a pag. 28-29 e a pag. 24 e altrove; e cfr. *XII Tafeln* al § 94, e pur altrove.

È, del resto, ciò che discende già di per sè dalla essenza dell'antica famiglia romana; che è espresso da Dionigi nelle parole anche testè ricordate; e che risulta più e men direttamente da più fonti, le quali sopra tutto nel Voigt si possono vedere acconciamente raccolte. È poi, altresì, ciò che si può ritrarre da un passo di Livio; tanto specialmente importante, che non posso a meno di richiamarlo in particolare: importante pel caso ed atto di giurisdizione e punizione domestiche, ben famoso e ben più grave di un ripudio; importante pel tempo, dacchè appartenente al sesto secolo di Roma, però posteriore al 520. Alludo alla memoria del fatto de' baccanali, nell'anno 568 della città, e della *quaestio extraordinaria* ordinatavisi; dietro alla quale i magistrati « mulieres damnatas cognatis, aut in quorum manu essent, tradebant, ut ipsi in privato animadverterent in eas; si nemo erat idoneus supplicii exactor, in publico animadvertebatur ».[1] « Dove (soggiunge, al fatto e al testo così riferiti, il Voigt, non senza certo concetto troppo suo) tre classi di persone sono pertanto distinte: quae in manu sunt, cioè le familiares, le quali quindi sono rimesse al *iudicium domesticum* del *paterfamilias;* e le *sui iuris*, le quali poi, parte sono rimandate al giudizio degli agnati; parte, in mancanza di agnati, sono per ciò condotte al pubblico giudizio, il che è da considerare una decisa novità attesa la gravità del delitto ». E il Voigt stesso vi soggiunge il passo di Valerio Massimo: « a quibus

[1] Liv., XXXIX, 18, 6.

(dai consoli) cum multae essent damnatae, in omnes cognati intra domos animadverterunt ».[1] E pensa il Voigt, che il *damnare* significhi il decreto che rimandava al giudizio; e l'*animadvertere* « non sia sinonimo di *exsequi sententiam*, ma piuttosto comprenda la cognizione del reato »[2]: sulla quale ultima opinione non discuto, ed ammetto ch'egli così pensi a ragione. Ma potrebbe invece dubitarsi se l'« *in manu* » abbia quel senso generale, di potestà del *paterfamilias*, che il Voigt vi assegna; e vi assegna, del resto, sopra esempi assai pertinenti, che altrove egli stesso reca e a cui rimanda.[3] Forse, cioè, potrebb'anche riferirsi più strettamente alla sola *manus* del marito; la quale, del resto, in quel senso più largo sarebbe ad ogni modo e indubbiamente compresa. Intendendosi, con questa seconda intelligenza di *manus* o di fronte ad essa, nel *cognatis*, non solo gli agnati, come già è naturale che significhino e lo stesso Voigt ne dà pur esempi; ma proprio le famiglie naturali o natie delle donne, coi loro stessi *patresfamilias*, tali questi per generazione e cioè padri; di fronte, dunque, a quei *patresfamilias* ed a quelle famiglie, che le donne si avessero acquistato, in cui fossero trapassate, per matrimoni *cum manu*. Così nei « συγγενεῖς » di Dionigi, ben dice altrove pur il Voigt stesso, « sono pei più antichi tempi da intendere gli agnati »[4]; che allora, aggiungo io, certo di regola gene-

[1] VAL. MAX., VI, 3, § 7.
[2] *XII Tafeln*, *l. c.* § 94 nota 20.
[3] *O. c.* § 79 n. 2.
[4] *O. c.* § 94 nota 8, § 72 n. 18, § 45 n. 10, etc.

rale eran anche cognati. Però, comunque fosse di ciò, quel che il passo di Livio, e meglio cogli altri passi corrispondenti, ottimamente dipinge si è la soggezione delle donne pei loro trascorsi alle loro *familiae* e ai loro *patresfamilias*; in qualsiasi guisa fossero questi ad esse costituiti tali, per qualunque forma in ispecie pur di matrimonio *cum manu*, a quanto sembra; e ciò dunque ancora nel secolo VI di Roma, come già ne' primordi. Questo si trova, ripeto, precisamente confermato da più altre fonti; ed anzi, in particolare, per casi di scioglimenti di matrimoni, siccome si avrà a richiamare; soltanto, per cotali ultimi casi potendo restar da discutersi e vedersi appunto, se vi si trattasse di matrimoni *cum manu*, e forse di quali fra questi, o se invece per avventura pur di matrimoni *sine manu*.

Intanto, questo ancora sia qui fermato, che, dunque, per converso la donna, la quale non fosse passata in altra potestà da quella del suo natio *paterfamilias*, dovea restare del tutto e inalteratamente nella famiglia, di cui questi era a capo, per tutti quanti gli effetti famigliari, in particolare per la soggezione alla giurisdizione domestica di lui coi congiunti. Su di lei niuna altra potestà, nè altra famigliarità, potea aver luogo; chè in nessun'altra era essa entrata. E così, in ispecie, dovea essere per la *uxor* verso l'*extranea* famigliarità e potestà di colui, cui ella si fosse bensì unita in matrimonio, ma *sine manu*; e figuriamo pure, più in ispecie, per aver ella impedito coll'*usurpatio trinoctii* la *manus* per *usus*, od invece senza di ciò: chè costei non

entrava per nulla nella chiostra, per così dire, domestica del marito, ma si restava tutta nella sua. Or questa esatta condizione di cose o costruzione di diritto, e questa separazione ben recisa ed assoluta, bisogna a fondo considerare e figgersi in mente per le conseguenze lor proprie. Chè, per contro, bene respingeva già il Voigt la opinione del Rein, la quale fu pure del De Fresquet e d'altri, che il potere « ed ufficio punitivo del marito fosse generale anzichè limitato a quelli *cum manu*, non un' emanazione della *manus*, sì del diritto coniugale che a ogni marito spetta » e però pel solo matrimonio. E ben respingeva anche l' opinione dello Zumpt, che sulla moglie *sine manu* si congiungessero una *iurisdictio* del *paterfamilias* ed una *iurisdictio* del marito.[1] Senonchè, qui interrompiamo di nuovo il discorso, perchè con ciò già si trapassa di troppo, ma di necessità, anche ai matrimoni *sine manu* ed ai loro discioglimenti.

E così, pel secondo obbietto notato al principio di questo paragrafo, per gli effetti patrimoniali dello scioglimento de' coniugii *cum manu*, d' una e d' altra loro categoria, o confarreati cioè o coempzionali o usuali, questo solo ne giovi e basti qui di osservare. Come il punto comune di partenza può ben esserne stato quella perdita pel marito, che Plutarco attesta; come però, lungo uno svolgimento operatosi nelle stesse giurisdizioni de' tribunali domestici, una elaborazione, esplica-

[1] Cfr. VOIGT, *l. c.*; REIN, *Privatr.* p. 415; ZUMPT, *Criminalr.* I, 1, p. 356.

zione e specificazione può, e deve anzi, esserne avvenuta e supporsi. Tanto, che potrebbe pur bene vedersene il punto d'arrivo proprio in quel sistema dotale, che poi troviamo nel secolo VI; ma e già de' matrimoni *sine manu*. Forse, nello storico sviluppo e lavoro, dovendosi far qualche parte anche a' patti speciali, a clausole, a *cautiones*, in ispecie nelle stesse *coemptiones*, e nei matrimoni *usu*, quindi ne' liberi? O forse no? Ma ecco si tocca con mano, che gli elementi e le fonti a ciò relative non ci consentirebbero di parlarne oltre, se non entrando anche a trattare de' matrimoni *sine manu*.

21. Voglio subito riconoscere io medesimo, che niun rapporto giuridico potrebbe presentarsi quale più facilmente e quasi essenzialmente dissolubile, del matrimonio romano *sine manu*, e massimamente nella prima sua vita. Sia poi che la sua genesi si concepisca, siccome si fa solitamente; sia che, invece, secondochè son venuto congetturando. Tanto più, anzi, la dissolubilità vi sarebbe in origine inerente, giusta codesto mio concetto: secondo il quale però, neppur di un rapporto giuridico in genere, nonchè in ispecie coniugalmente configurato, vi si potrebbe dapprima pel diritto positivo di Roma parlare; bensì sol di un rapporto di fatto. Vero è, che subito o ben presto i matrimoni liberi conformandosi ai *cum manu* debbono, giusta il mio pensiero, averli imitati; e sopratutto anch'essi debbono essersi ispirati e informati alla stabilità o, più, alla perpetuità, così piena e civilmente costituita in quelli. Ma, ed accettata anche quest'ultima considerazione,

non potea e dovea meno restarvi quel che ho detto, per l'essenza del rapporto, quasichè di locazione, o pel nessun vincolo giuridico: quella condizione, in che i coniugi *sine manu* si trovavano o che in sè offrivano doveva essere della più pronta, aperta, connaturale dissolubilità. Già basterebbe (se ancor fosse d'uopo e non istucchevole insistervi) il non entrare la moglie nella potestà e famiglia del marito, e non appartenervi. Il *paterfamilias*, sotto cui ella già era, pel mero *matrimonium* non l'allontanava da sè che di fatto; non alienandola egli, anzi conservandola in sua libera potestà; quindi potendo perfino, come la concedè, così richiamarla e ritoglierla. O s'ella era *sui iuris*, in potestà sua propria, poteva ella di sè medesima disporre; e come concedendosi, così ritraendosi volontariamente da quel rapporto, in che del pari di sua volontà era rimasta. Sulla qual posizione (ma si badi ancora) tutta di diritto, non può certo più cader dubbio.

E ad ogni modo, cioè fatta anche astrazione da quest'essenza particolare di tali secondi matrimoni, vi ha inoltre: che, se i primi matrimoni, quelli *cum manu*, (anche, secondo me, i confarreati, e di certo poi gli altri) erano dissolubili, e fino dapprincipio, e fin senza limitazione di cause (se si sta a Plutarco); come mai avrebber potuto non esserlo, per lo meno ugualmente, anche codesti secondi *sine manu?* Il che già di per sè basterebbe ad un'agevole quanto stringente riflessione. A riflettere subito, che se, almeno col diritto decemvirale, codesti secondi matrimoni si veggono in

Roma fissati, e dunque già prima esistentivi; troppo inverosimile sarebbe anche per essi il supporre che nessuna dissoluzione volontaria, in nessun modo, ne fosse in Roma avvenuta innanzi al fatto di Carvilio. Inverosimile e inaccettabile, dunque e senz'altro, anche limitatamente ad essi, il prendere alla lettera e assolutamente l'antica notizia del primo divorzio; ossia il supposto, che, avendo lo scioglimento volontario dei matrimoni *sine manu* una natura e figura giuridica diversa dal ripudio maritale proprio dei matrimoni *cum manu*, e però essendo più veramente un divorzio, il caso di Carvilio ne fosse assolutamente il primo esempio in Roma. Per verità questa sarebbe una possibile e non istrana uscita dalla questione dapprima propostaci e su cui si aggira tutto questo scritto; una spiegazione, del resto, che così nettamente non vidi posta da altri; e la quale, di più, potrebbe sembrare per verità confortata da ragioni plausibili, alquanto più forse che altre spiegazioni. Chè infatti qui, sopra tutto, sembra ci si ridurrebbe entro limiti un po' più ristretti di quelli che abbracciando anche i matrimoni *cum manu*; sia seguendo il concetto mio circa la genesi de' matrimoni liberi in Roma, come qui stesso si verrà anche meglio vedendo; sia tanto più secondo la genesi comunemente ammessa de' matrimoni stessi *sine manu*. Si aggiungerebbe a conforto, pur secondo quel mio concetto, oltre la costumatezza e severità di quei secoli, nei quali la città si venne ognor più ordinando e componendo alla vita civile, in particolar guisa poi la gara

stessa di civiltà fra i due ordini della cittadinanza; e massime lo sforzo de' plebei di parificarsi ai patrizi, in ispecie dalla legge Canuleia del 309 allo stabilimento di un' ara anche alla *Pudicitia plebeia* nel 458, e fino alla parificazione e concordia di tutti i cittadini al chiudersi del secolo quinto.

Contuttociò, ancora starebbe quella inverosimiglianza: ed ancora poi il supposto sarebbe di troppo gratuita congettura. Oltredichè, può parer che non manchi perfino una risultanza storica precisa, od almeno un accenno, direttamente in contrario al supposto medesimo; qual era, appunto in tale significato, già allegata dal Niebuhr[1]; e che si riferirebbe all' anno 438 di Roma. Infatti Valerio Massimo, a dar esempio di persone « quorum salus propriis obruta criminibus proximorum claritati donata est », ci narra questo atto di Q. Fabio Massimo verso il genero A. Atilio Calatino. « A. Atilium Calatinum, Soranorum oppidi proditione reum admodum infamem, imminentis damnationis periculo pauca verba Q. Maximi soceri subtraxerunt, quibus adfirmavit, si in eo crimine sontem illum ipse conperisset, dirempturum se fuisse adfinitatem: continuo enim populus paene iam exploratam sententiam suam unius iudicio concessit, indignum ratus eius testimonio non credere, cui difficillimis rei publicae temporibus bene se exercitus credidisse meminerat. »[2] Or, egregiamente il Niebuhr osservava, « se Q. Fabio avrebbe potuto levar

[1] *L. c.* sopra a pag. 40. [2] VIII, 1, § 9.

di mano al genero la propria figlia, qualora egli avesse creduto alla colpa di lui, vuol dire che il far questo ben non era dunque cosa inaudita; altrimenti ciò nulla avrebbe provato al popolo ». Certo vuol dire, soggiungo io, che il padre potea di diritto farlo in quel caso; così appunto, come non era senza esempio che si facesse, e però naturalmente in contingenze analoghe a quella. Senonchè, anche con ciò la interpretazione del detto caso non mi pare possa tenersi così certamente univoca, quale il Niebuhr mostra ritenerla, e cioè nel senso da lui datovi, di divorzio fatto dal padre. Senza dubbio n' offre una spiegazione netta e adeguata il pensare con lui, che si fosse appunto in un caso di matrimonio *sine manu*: non vi si avrebbe che un richiamo, che il padre farebbe della figlia a sè, veramente un divorzio fatto dal padre sulla figlia in sua potestà; siccome esempi parecchi se ne veggono di poi in Plauto, o siccome pel caso ben noto di Cresfonte in Ennio. A tal spiegazione indurrebbero le parole di Valerio; in quanto Fabio vi direbbe, che avrebb' egli con suo atto rotto quel rapporto, e non vi si parla di *manus*, ed il rapporto si qualifica meramente di *adfinitas*, parola con cui poi si trova qualificato lo stesso vincolo di coniugi *sine manu*. Pure, non è questa l'unica spiegazione possibile; potrebbero anche, ripeto, escogitarsi e preferirsi queste altre spiegazioni; non tutte però con pari semplicità corrispondenti, ed anzi alcune con troppo sforzo, alle parole di Valerio, parole trovate forse da Valerio nelle sue fonti; ma pur nessuna priva di

qualche ragionevolezza. Potrebbe forse la narrazione significare, che il padre potesse provocare un ripudio, costringervi il marito, per tal suprema colpa di costui, e forse persino *diffarreatione*, od almeno *remancipatione*? O che forse, per quest'ultima, qui si avesse la influenza di una *fiducia* insita alla *coemptio*; o, pur senza *fiducia*, qui si avesse attestazione dell'esservi già ammesso tanto, quanto si trova di poi in Gaio e si è discorso testè, «repudio misso proinde compellere potest, atque si ei nunquam nupta fuisset»? [1] O potrebbe forse da altri riferirsi, non più che a discioglimento del solo coniugio, pur sotto la *manus*, non insieme a dissoluzione della *manus*? O forse vi si potrebbe intendere un mero allontanamento di fatto, non una *diremptio* di diritto? Ma, e lasciando stare tutte queste interpretazioni che a mio vedere sono escluse da considerazioni prima fatte e da risultanze già acquisite, piuttosto quest'altra spiegazione parmi sarebbe davvero plausibile. Forse che la *proditio* si stimava, tanto già rendere di per sè, o *ipso iure*, *hostis* e *perduellis* il *civis*, che questi non fosse senz'altro più tale, di subito potesse non considerarsi più come un soggetto di diritti civili, quindi neppure più di *connubium* e *manus* e *matrimonium*; ossia, da cessarne d'un tratto ogni potestà, e colla *manus* il matrimonio compenetratovi, dirimendosi in somma *ipso iure* per media diminuzione di capo? Mi pare che tale supposto sarebbe forse al-

[1] Gai. I, 137 *a*.

trettanto fondato, o quasi, quanto quello del Niebuhr. Pure ammetterò che, oltre le parole, tutto l'insieme del racconto e del contegno di Fabio, secondo Valerio, possan parere meglio corrispondere a quelle parole di Ennio, le quali scolpiscono poi così bene il momento storico e giuridico, che qui si vuole a ogni modo ritrarre; e le quali parmi ci parlino omai animate da tutta una concorrente esegesi: « Iniuria abs te afficior indigna pater; Nam si improbum esse Cresphontem existimaveras, Cur me huic locabas nuptiis? sin est probus, Cur talem invitum invitam cogis linquere? »[1] Ed A. Atilio Calatino ben sarebbe divenuto per l'appunto indegno. Tuttavia non insisto, e lascio puranco da parte questo fatto di Fabio.

Resta altresì questo: che se le fonti letterarie del sesto secolo, le quali ci dipingono la vita di Roma, ed in particolare Plauto, ci attestano già circa a mezzo di quel secolo, o di là in poi, omai frequenti gli scioglimenti dei matrimoni ed in tal guisa che, per la più parte almeno, debbono ricondursi, secondochè non par dubbio, a matrimoni *sine manu*[2]; come mai potrebbe pensarsi fosse ciò avvenuto per subito mutamento, una volta fattosi nel 523, od a poca distanza, un primo scioglimento volontario di matrimonio li-

[1] Ap. AUCT. *ad Heren.* II, 24, 38.

[2] Mi giova a confermarmi in questo apprezzamento la diligente raccolta, che un egregio giovane studioso, il signor EMILIO COSTA, ha fatto frattanto dei *Luoghi plautini riferentisi al matrimonio*, e mi ha voluto gentilmente comunicare nel manoscritto.

bero da Spurio Carvilio? Non vi si ha, invece, quasi la prova, che nel costume quegli scioglimenti doveano risalire ben più indietro? Ed io ho per ora tenuto come fermo, che il matrimonio di Carvilio fosse *sine manu*, oltrechè accadesse nel 523 o circa. Siccome, d'altro lato, si vede, che ho qui fatto astrazione dal caso antecedente di L. Annio, del 447; per non dire di altri; quasi ritenendo pure già fermo, che si riferiscano a matrimoni *cum manu*, e dunque fossero propriamente casi di ripudi maritali: nel qual senso speciale essi non contraddirebbero più a che il caso di Carvilio avesse potuto dirsi e intendersi primo scioglimento assolutamente di coniugii *sine manu*. Mentre poi, ecco che per lo meno potrebbero risorgere i dubbi sulla data del divorzio carviliano.

Ma, in somma, abbandoniamo omai anche questa troppo semplice ipotesi: che Carvilio facesse propriamente e assolutamente il primo divorzio, in quanto fosse il primo scioglimento in Roma di un matrimonio *sine manu*. Parrà forse, ch'io abbandoni un'attraente risoluzione. O ben parrà almeno, che allora io medesimo confessi, che la distinzione dei matrimoni *cum* e *sine manu* non ha dunque importanza per la questione; mentrechè già facevo intravedere e quasi mostravo pensare il contrario; dico, per risolvere la proposta questione del primo divorzio. Dacchè omai non parrebbe rimanere anche a me, che una delle due uscite. O intendere che quel divorzio, se fu scioglimento di matrimonio libero ma non fu assolutamente il primo,

fosse dunque il primo solo relativamente per qualche circostanza che lo singolarizzò e fece famoso; con che in sostanza tornerei alla via in genere seguita, tranne la precisa limitazione alla seconda specie di matrimoni. O ricadere anch'io a concludere, più radicalmente però e un po' più fermamente, che quella notizia è un errore; ma senza, forse, che mettesse allora troppo conto tutta questa disquisizione.

Non mi nascondo, come si vede, le difficoltà, non evito i dibattiti, nè credo spianarmi io troppo la via. Eppure non mi arresto, ed ancor non mi arrendo; chè ancor non mi pare la questione sia tutta qui, nè il punto ultimo toccato; nè dunque il dilemma inevitabile, e precluso ogni scampo.

22. Posta la dissolubilità la più ingenita ed essenziale, ed altresì la più illimitata, dietro alla configurazione e deduzione rigorosamente giuridiche, delle unioni matrimoniali romane *sine manu*, resta però ora a considerare più davvicino come il loro scioglimento potesse e dovesse avvenire od in realtà avvenisse.

Poichè, ripigliamo ancora una volta, quel marito *sine manu* non aveva potestà alcuna e nè autorità maritale su quella moglie, sì che in Roma ne mancò sempre perfino il nome; e più, poichè quel matrimonio libero era, e sopra tutto dapprincipio, « senza il menomo contenuto giuridico »[1]: quel marito potea bensì scacciare da sè la sua donna, ma di nuovo qual scac-

[1] Così il Voigt, *XII Tafeln*, § 160; e veggasi il mio libro citato *Il matrimonio romano*, § 32 pag. 148 e seguenti.

ciamento più che altro di fatto, non più che un « exigere matrimonio ».[1] E sia pure, che quel marito sentisse i congiunti ed amici, il suo *consilium domesticum*; ma ad ogni modo senza avere nè poter esercitare giurisdizione e competenza alcuna sulla donna, o sì da poterne conoscere e giudicare le colpe se ve ne fossero, e sentenziarne ed infliggerle la pena; insomma senza possibilità di un suo *iudicium domesticum* sopra di lei.

Poichè, all'incontro, su quella donna il padre di lei stessa, o meglio giuridicamente il suo *paterfamilias* (di regola anche il vero padre), avea la potestà ed autorità, quindi la giurisdizione e competenza domestiche, piene ed inalterate, standone pel diritto illesa la società parentale con assoluta astrazione dal vincolo matrimoniale; quel padre poteva « abducere » la figlia liberamente, ed anche reluttante lei, ed anche insciente, assente, opponente il marito; poteva egli solo conoscerne, giudicarne le colpe col proprio *consilium domesticum*, e con vero *iudicium domesticum* decretarne ed eseguirvi la pena, se ne fosse il caso e gli piacesse. Questo certamente anche per trascorsi della figlia, per colpe di lei nel matrimonio in che ella stesse. Non però che affatto risulti, avesse in codesto ultimo caso il padre obbligo alcuno, cioè per consuetudine tradizionale o quasi per antico diritto interno famigliare, di esercitare formalmente tale sua giurisdizione, convocando il suo *consilium domesticum* e facendo un *domesticum iu-*

[1] La frase è da PLAUTO, *Merc.*, IV, 5, 8.

dicium. Siccome neppur risulta, che tale obbligo avesse onde porre quell'atto di autorità paterna, con cui potèva richiamare, quasi a modo di rivendicazione, la figlia. Dove vien da notare il contrapposto, ch'era invece obbligo tradizionale e domestico del marito *cum manu* di procedere, col suo *consilium* e *iudicium domesticum*, sulla moglie *in manu* di lui, quando questa fosse colpevole (o fosse anche non colpevole ?), ognora ch'egli volesse discacciarla dal matrimonio, e però dalla *manus* e dalla *familia* insieme. Pel padre, ripiglio, che richiamasse la figlia (e, del resto, o colpevole o non) da un'unione *sine manu*, nulla di ciò è accenno che occorresse: abbastanza gli potea parere averla lasciata « locata » a quelle nozze, a quella maternità per quell'altro cittadino onde questi n'avesse prole e famiglia; ora a suo libito la richiamava. Codesto « in patris potestatest situm ».[1] Che se qualche accenno vi ha in proposito, esso parla appunto nel senso che niun simile obbligo nel padre vi fosse; benchè indicandovisi potesse il padre seguire il consiglio o sentire l'avviso degli amici. In Plauto, infatti, l'« mi auctores ita sunt amici, ut vos hinc abducam domum », sembra appunto aver solo quest'ultimo valore; o, per vero, non più valore che la replica delle figliuole, che dicono: « at enim nos, quarum res agitur aliter auctores sumus »: mentre per le figlie è certo, e ben esse sapevano, il « faciendum id nobis quod parentes impe-

[1] PLAUT., *Stich.* I, 1, 53.

rant ». [1] Tali parole sorpassano di tanto poco tempo il divorzio carviliano, che certo ci valgono anche pel tempo precedente ad esso.

Che se poi la donna fosse *sui iuris*, pare che liberamente avrebb' ella potuto disporre di sè circa tale rapporto di unione coniugale *sine manu*, di mero *matrimonium*; cioè, così appunto come per incontrarla, anche per cessarla. Appena è se si potesse pensare le abbisognasse o soccorresse in ciò l'assistenza de' congiunti o l'autorità de' tutori, due cose queste dapprima coincidenti o quasi immedesimate; non trattandovisi, infatti, di mutazione di famiglia, di veruna diminuzione di capo. Salvo però, appunto, per quanto vi si trattasse, invece, di una costituzione di dote o in qualche modo di un atto di alienazione e perdita patrimoniale o quasi: chè allora quell'assistenza ed autorità le sarebbero certo volute e debbon esservi intervenute.

Quanto, invero, l'elemento patrimoniale, e proprio dei beni della donna, anche nei matrimoni *sine manu*, ed anzi specialmente e con novità di condizioni ed esigenze in questi secondi matrimoni, dovesse essere importante, non occorre dire: particolarmente importante, poi, proprio allo scioglimento di questi stessi matrimoni liberi. Il che vale, così pel caso di donna *alieni iuris*, come per quello di donna *sui iuris*, salvo qualche speciale atteggiamento o inflessione. Ed ora, pertanto, codesto punto ne convien considerare in modo apposito e preciso; cioè, adunque, esaminare gli effetti sui beni,

[1] PLAUT., *Stich.*, I, 1, 54; e I, 2, 71-72.

le conseguenze e il regolamento patrimoniali negli scioglimenti dei matrimoni *sine manu.*

Però, innanzi di passare a tal oggetto, si fissi bene e rispecchi nella mente la propria essenza, presa solo in sè e per sè stessa, e la corrispondente figura, almeno in ordine di fatto, di codesta dissoluzione del mero *matrimonium* senza *manus*; massime in ispiccato contrapposto a quella del *matrimonium* compenetrato nella *manus.*

Anche questo secondo matrimonio, questa famiglia *sine manu*, sono al tutto unilaterali; e anche qui, dunque, qui anzi a forziori, può l'uomo rimandare e scacciare la donna da quella unione, a cui l'avea chiamata onde gli fosse madre di figliuoli: ma, come l'unione, così il discacciamento, è solo o più che altro di fatto; è bensì un « *exigere* » ma, ripeto, unicamente « exigere matrimonio ». E qui però vi ha la novità, che la donna stessa, non acquistata, non soggetta, non appartenente alla famiglia del marito, può essa a sua volta essere richiamata ad abbandonar quell'unione dal padre stesso e *paterfamilias* di lei; o può ella stessa, se *sui iuris*, ritrarsene, dipartirsene, abbandonando ella il marito. È sempre per la donna, sì nell'un caso e sì nell'altro, un « ἀπολείπειν ἄνδρα »; come esattamente lo esprimeva Plutarco (contrapponendolo all'altrettanto esatto « ἐκβάλλειν », pel marito): e sia esso operato dallo suocero, sia dalla donna medesima; un « abducere » nel primo caso, siccome un « exire » nel secondo; ma e sempre in quell'ordine di fatto.

Insomma, questa dissoluzione dei matrimoni liberi è in sè, o in potenza, bilaterale; o può essere fatta sì dall'una, come dall'altra parte; e perfino, poi, d'accordo fra loro. È senza mutamento di *familia*, senza scacciamento o uscita da *familia* per nessuno, senza veruna diminuzione di capo: perciò è separazione più che altro in ordine di fatto, separazione di quella unione a *matrimonium* che fin allora era stata, allontanamento di quelle due persone che fin allora si erano *vir* ed *uxor*; è separazione tutta derivante e consistente pel venir meno quel consenso, da cui l'unione era sorta, su cui era durata, e nel quale in tutto essa stava e poggiava. La qual essenza e figura, pur di fatto, io non so come meglio (e, quasi, come mai altrimenti) si sarebbe potuta esprimere, che col *divertere*, *divortium*; tantochè le paion parole queste (o pare piuttosto questa speciale applicazione d'esse generiche parole) proprio nate insieme alla cosa; e venute però, dipoi, ad una singolarizzazione, cioè ad essere tecniche per indicare il discioglimento di tale coniugio. Egli era, infatti, di questo siccome del « divortium aquarum », o « itinerum », o simili [1]; e giusta lo stesso etimologico e naturale significato della parola e della sua composizione. [2] Ed è proprio la spiegazione, tradizionale forse: « ex eo dictum, quod in diversas partes eunt qui discedunt », di

[1] Basta riscontrare i dizionari comuni; in ispecie, FORCELLINI, *Lex. lat.* a tale parola; FREUND et THEIL, *Dictionn. de la langue lat.*; etc.

[2] Si cfr., se pur occorresse, il VANICEK, *Griechisch-lat. Etymol. Wörterbuch*, Leipzig, 1871, I, p. 925 e seg.

Gaio e di Paolo.[1] E proprio ancora: come il matrimonio libero si sta tutto sul consenso informato ad *animus*, *honor*, *affectio maritalis* o *uxoris*, e « sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, idest in unam sententiam decurrunt »[2]; così, dico, il contrario appunto è del *divortium*, ed appunto « vel a diversitate mentium dictum, vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium »[3]: con nuova ed esatta applicazione della regola, che i rapporti si dissolvono con atto pari e contrario e d'ugual natura a quello con che si costituirono. Mentre, infine, io non so assolutamente vedere, come tali parole, *divortium*, *divertere*, possano neppur da lungi esser accomodate ed esser nate ad esprimere la dissoluzione, tutta unilaterale e di scacciamento civile dalla *familia*, del matrimonio *cum manu*: chè mi parrebbe una contraddizione nella parola stessa e un assurdo.

Naturale è ancora, come mi pare poter aggiungere, e mi par proprio dalle stesse frasi più antiche si scorga, che le parole *divortium* e *divertere* esprimessero solo, o piuttosto, un fatto; non un atto, una figura, un istituto giuridici. Fatto, che di regola dal marito dovea presentarsi come un *exigere*, o un ἀποπέμπειν o ἐκβάλλειν; e così pur di regola da parte della donna come un

[1] Gai., *lib. 11 ad Ed. prov.* (fr. 2 pr. *D.* 24, 2); Paul., *lib. 35 ad Ed.* (fr. 191 *D.* 50, 16).

[2] Ulp., *lib. 4 ad Ed.* (fr. 1 § 3 *D.* 2, 14).

[3] Gai., *l. c.*

« *linquere* », per *abire* di lei, o per *abducere* che di essa facesse il padre, siccome si è detto ed ancora si rivedrà: di regola, dico, non assolutamente, di che pure in seguito. Mentre, le dissoluzioni dei matrimoni *cum manu*, e così della *manus*, per di più eran atti e figure o istituti giuridici, con lor nomi appositi; o era, infatti, la giuridica *remancipatio*, od era l'altresì religiosa *diffarreatio*. Della parola *repudium* non posso ancora discorrere. Ma già non parmi, che l'antico ripudio maritale de' diversi matrimoni *cum manu* si avesse ancora una parola sola e comune, che lo esprimesse e ritraesse, quale unico istituto, oltre le parole speciali per gli atti speciali di *diffarreatio* e *remancipatio*; e però, che lo esprimesse e ritraesse in un concepimento distinto dalla *manus* e dalla cessazione della *manus*. E già parmi, a ogni modo, questi due esser stati i nomi di quei più antichi scioglimenti coniugali fra vivi; già per ciò non potendo esserne stato unico nome la parola *divortium*. La quale, dunque, perchè e come sarebbesi presentata? Del resto, è pur da confessare, che neppure a riandare la storia e fortuna di tali parole sembra abbiansi dati sufficienti. Più è, dunque, da tornare e restarsi alla sostanza delle cose, od all'emergere de'nuovi fenomeni umani per la forza e quasi la logica delle cose stesse, « rebus ipsis dictantibus ».

23. Volendo guardare alle conseguenze dello scioglimento di un matrimonio *sine manu*, ci rivolgiamo senz'altro, come già accennai, alle patrimoniali; e proprio a quelle, che riflettono l'apporto patrimoniale della

donna, o per parte della donna, al marito, la dote o *res uxoria;* senza dimenticare però il patrimonio del marito medesimo. La condizione, relativamente all'apporto uxorio, è ne' matrimoni *sine manu* del tutto analoga a quanto si ha ne' matrimoni *cum manu*; solo, la compenetrazione di esso apporto col patrimonio del marito dovendo presentarsi per la *manus*, stante l'entrata della donna stessa nella famiglia maritale, quasi come più assoluta e perpetua.

Del resto, parrebbe già a priori naturale, codeste conseguenze patrimoniali dovessero essere anche qui strettamente connesse alle cause, per cui lo scioglimento pur di questi matrimoni, o il divorzio, potesse esser fatto o provocato. Parendo, in ispecie, che ad una causa colpevole in un de' coniugi dovesse corrispondere una perdita a carico di lui e a vantaggio dell'altro; e, viceversa, che il divorziante senza causa giusta dovesse del pari patire una perdita a favore dell'altro. E venendo poi da chiedersi: se mai, ve ne fosse bensì una causa giusta e ragionevole per l'una parte, ma incolpevole per l'altra, che cosa avveniva? Della quale ultima ipotesi sospendendo di toccare, ci fermiamo per ora alle due prime alternative; che sono quelle stesse, che ci si presentarono e si considerarono pei matrimoni *cum manu;* da ripigliarsi pertanto pei liberi. Però ancora a priori parrebbe, che la catena o la evoluzione dai primi ai secondi matrimoni debba o possa esser stata continua; almeno nella parte sostanziale. Che se, infatti, ben si osserva e ripensa, sembra si sco-

pra abbastanza, dover appunto esser stato così: ossia proprio doverci esser stata, per la parte intima e sostanziale, quella continuità. Mentrechè ad un tempo, per la parte formale ed estrinseca, risulterà al contrario: dover essere scaturita dai nuovi matrimoni *sine manu*, in certe contingenze de' lor scioglimenti, e in ordine agli effetti patrimoniali, una novità inevitabile di capitale portata.

Pare invero innegabile, che il sistema iniziale pei matrimoni romulei, quale è descritto da Plutarco, ed il sistema della restituzione e delle retenzioni dotali, quale si trova svolto ed esistente a' tempi di Cicerone, perfettamente si corrispondano nello spirito ed in genere nella sostanza. Dacchè il primo si riduca a questo: che, ripudiandosi dal marito la donna senza cagione giusta e grave, ei perdesse (e in parte a favore di lei) delle sue sostanze; fosse poi che perdesse tutto il patrimonio, o quanto avesse ricevuto dalla donna o vi corrispondesse, o solo parte anche di tale apporto o d'un ammontare corrispondente ad esso. E or, dico, il sistema delle *retentiones dotis*, certamente relativo a' matrimoni liberi, non s'inspirava forse ad uno stesso concetto, quasi ne discendesse per mero esplicamento? Si parta, diffatti, dal carattere e dalla destinazione di perpetuità della dote, o *res uxoria*, anche ne' matrimoni liberi, dall'indole e dallo svolgimento dell'*actio rei uxoriae*, cose codeste indubitate; e ben si scorgerà che le *retentiones* (comunque possa essersene fisso il nome, a qualunque punto possan poi essere pervenute)

emanano esse medesime da un sistema, dov'è regola la non restituzione della dote (esse stesse *retentiones* essendo di tal regola una rappresentazione), e dove per converso la restituzione è l'eccezione. Ed esse stesse *retentiones* si scorgerà, accusarne come lor punto di partenza un tal momento, in cui regola fosse lo scioglimento volontario del matrimonio per qualche colpa della donna: sol toccandovi al marito una perdita (quest'è proprio il concetto) di parte almeno della dote a favor della donna, se il divorzio invece fosse colpevole in qualche guisa da parte di lui, o non esente da rimprovero, o fin derivante da suo mero capriccio.

E or si ripigli e si consideri, come la dote o *res uxoria* ne appaia ne' matrimoni liberi (ripeto parole che altrove scrissi) quale « primo elemento e momento di tale nuova colleganza e società in forma giuridica », o di faccia al diritto, con vera portata e costituzione giuridica positiva. Si richiami, come l'apporto uxorio in tali nuovi matrimoni si conformasse per ogni altro rapporto (all'infuori or di quello dello scioglimento del coniugio e de' suoi effetti) appunto alla *dos* o all'apporto muliebre de' matrimoni *cum manu*; presentandosi insomma nettamente (a tanta elevazione già il nuovo vincolo si prestava o inalzava) quale apporto della donna alla nuova famiglia maritale ed a figli comuni. Si ricordi e valuti bene ciò, e tanto maggiori appariranno il significato e l'importanza delle osservazioni e risultanze testè messe innanzi. Con preciso concetto di contratto oneroso quell'apporto è dato per la nuova

famiglia. Or, già è troppo naturale da ciò stesso, che, allontanandosene la donna senza ragione o per sua stessa colpa, non potess' ella ritrarne tale apporto. Ma se, per contrario, avesse colpa l'uomo dell' allontanamento di lei, o senza ragione egli la allontanasse; egli (di cui era in diritto la famiglia) perdesse quel vantaggio, quel correspettivo, o ne soffrisse diminuzione; da solo ei sopportasse i pesi della sua famiglia, dove solo volle così rimanere. Nel che, ripeto, troppo è ovvio si abbia una continuità intima di svolgimento dai matrimoni *cum manu* ai nuovi; ma potendo ben essere o divenire ne' nuovi più sciolto il movimento, e più specificate nel modo che si dirà le determinazioni pei vari casi. Troppo male però potendosi tentar di congetturare i singoli gradi di passaggio; nè le distinte influenze, sia de' matrimoni *cum manu* e delle lor forme diverse, confarreate e non confarreate, sia de' *sine manu*. Tornandomi poi qui di ripetere il congetturale supposto, che appunto codesta dote del mero *matrimonium*, dalla moglie meramente *uxor*, per avventura non assumesse il nome civile della *dos*, richiedente forse il più proprio e vecchio matrimonio giusta il diritto della città o *cum manu*; bensì assumesse soltanto il nome, che pare in sè ritrarre una condizione più di fatto che di diritto, di *res uxoria*. Condizione e nome, che già meglio potean racchiudere un senso e concetto di patrimonio veramente della donna, benchè presso al marito e compenetrato nel patrimonio famigliare di lui; quale già ai tempi e in frasi sopra tutto di Plauto ne spunta.

Ma dietro all'idea della continuità di svolgimento, nel trapasso medesimo, noi possiamo anche supporre altro. Ne' giudizii domestici de' matrimoni *cum manu* sopra le donne ripudiate e per le pene da infliggere loro, od anche per la condizione patrimoniale da determinare a loro (questa cioè in ispecie quando una perdita patrimoniale dovesse invece imporsi al marito); in tali giudizii, ancorchè interni nella famiglia, pur non può a meno, che una certa tradizione fosse invalsa e proceduta. Tradizione famigliare e consuetudinaria, ma che non è perciò meno da supporre generale e uniforme; anche se non ne possiamo, come infatti non ci è dato assolutamente e non è meraviglia, seguire la vita. E dico non è meraviglia; di nuovo perchè non era pubblica, non sotto l'azione dello stato, bensì chiusa tuttavia nella chiostra famigliare. Dove, pertanto e dietro a tali norme, la posizione, per dir così, formale ed estrinseca o procedurale (alla quale già passiamo) era questa. Una *familia* là vediamo, una sola; il cui *paterfamilias* col suo consiglio e giudizio domestico deve giudicare e giudica di persona, che alla famiglia stessa appartiene, della donna appunto, del cui ripudio si tratta, cioè cui si tratta appunto di distaccare, di scacciare da tale famiglia. Non altra *familia*, nè altro *paterfamilias* là si ha di contro, nè persona d'altra *familia*; che, cioè, possano vantare potestà, pretese, diritti. Non intervento della pubblica autorità, almeno civile, secondochè noi intendiamo; e lasciam stare l'influenza e vigilanza religiosa: non concepibile

un ricorso al pubblico magistrato dichiarante e rendente il diritto, cioè un' azione e un pubblico giudizio: unica sopraintendenza e provvisione, imaginabile su quell' unico *paterfamilias*, la pubblica censura.

Or guardiamo ai matrimoni *sine manu*. La posizione è tutt' altra. Due *familiae* qui son di fronte, due *patresfamilias*. Sulla donna, che si tratta di rimandare o di richiamare da un *matrimonium*, l' un *paterfamilias* non ha potestà, ed è il marito; l' altro ha tutta la potestà, ed è il padre di lei. Ma poi, fra il marito ed il padre niun rapporto di *familia*, di potestà e soggezione; niun atto possibile da parte dell' uno sulla *familia* o dentro la *familia* dell' altro, nè relativamente a persone, nè a cose. Quelle due *familiae* e quei due *patresfamilias* si trovano di fronte nella pienezza ciascuna e ciascuno della loro potestà e indipendenza. E quella donna, ripeto (strano, ma indubitato), benchè « locata nuptiis » dal padre al marito, appartiene alla *familia*, non del marito, ma del padre; chè appunto essa non fu alienata e trasmessa per « in manum conventio ». Ed è evidente, che uguale rimane la posizione o contrapposizione, se si supponga che il marito o il padre, non essendo *sui iuris*, ancor fossero a lor volta e rispettivamente sotto i lor *patresfamilias*, i quali impersonerebbero allora essi le lor due *familiae*: uguale, del pari, o solo accessoriamente diversa, se la donna a sua volta, essendo *sui iuris*, fosse essa « caput et finis familiae suae »[1], e però allora rappresentante in sè

[1] Ulp. *lib. 46 ad Ed.* (fr. 195 § 5, *D.* 50, 16).

una pur sempre diversa *familia*. Cessi quel coniugio, quel *matrimonium* mero, quella locazione nuziale (mi si passi ancor la parola, tanto bene espressiva), alla quale il padre avea dato la figlia, o la donna avea dato sè stessa, e in cui il marito l'avea ricevuta. Cessi poi, come può, o per volontà del marito, che la rimandi; o per volontà del padre, che la richiami; o di lei stessa, che se ne ritragga. Chi disporrà e determinerà delle conseguenze patrimoniali, sempre in ispecie per l'apporto uxorio, di tale dissoluzione o cessazione? Nel giudizio su cotali conseguenze si riduce, com'è chiaro, anche tutta l'importanza del giudizio su ogni altro rapporto ed elemento personale fra' coniugi, e sopra tutto sulla condotta, sulle colpe, o meno, dell'uno o dell'altro.

Avranno ben potuto i due *patresfamilias*, il marito ed il padre, ognuno dal canto suo adunare il loro *consilium domesticum* per averne l'avviso, prima di venire a quell'atto di scioglimento, di rimando o richiamo. Potrà anzi, di più, il padre provocare e fare sulla figlia, cioè in ispecie se colpevole e per colpa di lei lo scioglimento avvenne, un vero *iudicium domesticum*; potrà condannarla e fin punirla. Ma con tutt'altro *iudicium domesticum* da quello, ch'è descritto da Dionigi, del marito ripudiante su la moglie *in manu*, e al quale appunto n'andava compagno il ripudio dalla *familia* maritale. Nulla poteva il *consilium domesticum* del marito su tal donna anche colpevole. E nulla poteva, viceversa, il *consilium* e *iudicium domesticum* del padre, nè verso il marito, anche essendo la donna incolpevole;

e nè poi sull'apporto uxorio, ch'era omai incorporato nel patrimonio famigliare del marito. E dunque?

Ancora n'è dato, anzi n'è verosimile, supporre, che, siccome per ogni altro lato e rapporto, così anche per questo, i matrimoni *sine manu* avanzassero e procedessero, massime dapprima, conformandosi o plasmati in tutto su quelli *cum manu*. Forse, adunque, anche in essi la regola si fu dapprima, che il volontario scioglimento ne avvenisse da parte del marito per colpa della donna: mentre, che una tal colpa non vi fosse e tuttavia il marito rimandasse la donna, o che il marito stesso fosse colpevole, questo vi fu pur la eccezione; siccome si vide descriver Plutarco pei matrimoni *cum manu*. E nel primo caso il marito, qui semplicemente *vir*, non anche *paterfamilias* alla moglie, rimandando la *uxor* ne avrà ritenuta la *res uxoria*; secondo, del resto, la normale perpetua destinazione di questa: e forse sentendo anch'egli il suo domestico *consilium*? Nel secondo caso, se in qualche modo il marito non fosse esente da colpa e rimprovero, restituendo egli alla donna quanto dell'apporto uxorio fosse consuetudine di restituire in simili ripudi ne' matrimoni *cum manu*; e ciò pure per ispontanea osservanza del costume: e forse sentito pure il suo consiglio domestico? forse su richiesta del padrefamiglia della donna, o di essa donna medesima, forse a lor volta confortati dal loro consiglio domestico? E un altro caso dovendosi contemplare, che però rientra nel primo: cioè che senza ragione o il padre richiamasse la donna, o questa di per

sè si ritraesse da quel coniugio. In somma, è da supporre così, che si ripetesse o continuasse in linea di fatto ne' nuovi divorzi la condizione de' vecchi ripudi; come, che vi si attuasse per ispontanea osservanza, e di entrambe le *familiae* che qui eran di fronte, in tale loro esterno rapporto di un *matrimonium*, quello che era il costume tradizionale, il regolamento ricevuto e generale, ed in sostanza il diritto interno consuetudinario di ciascuna *familia*, quindi di tutte le famiglie, nello scioglimento di un coniugio *cum manu*, nella cessazione di una « *manus matrimonii causa* ».

Senonchè è pur certo, che non è ancora qui tutto. Ed ecco, chè la parte formale, estrinseca, procedurale degli scioglimenti de' nuovi matrimoni ci conduce al punto, dove il distacco, il nuovo, vi sprizzano fuori d' un tratto e di per sè. Potea non esservi quella spontanea e mutua osservanza di entrambe le *familiae*; potea nascerne, invece, un dissidio, un conflitto; ed occorrere allora un regolamento coattivo. Evidentemente, l' antico ordine di vita più non vi bastava; chè l' interno potere autonomo famigliare a tanto non poteva giungere e valere. Ad una terza forza e autorità era necessario rivolgersi; al nuovo ordine di vita, quello della città o pubblico, bisognava fare ricorso; e insomma il magistrato cittadino, a ciò chiamato, dovea risolvere la vertenza ed imporre la risoluzione alle due parti. Nè, anzi, fino al caso di un dissidio e conflitto era mestieri si venisse e n' è or mestieri condurre l' ipotesi, perchè la necessità dell' azione dello stato si presentasse e quasi ne

balzi dinanzi. Potè bastare che un caso nuovo, per condizioni peculiari, si offrisse, cui l'antico costume coi suoi regolamenti e mezzi più non soccorresse abbastanza: chi altri avrebbe pure potuto soccorrervi e provvedervi, con efficacia e funzione giuridica, che la civile autorità? Poniamo, infatti, ad esempio la terza possibilità, cui accennai sul principio di questo paragrafo sospendendo di parlarne: che, cioè, per un motivo, che apparisse al tutto giusto e quasi civilmente doveroso, il marito rimandasse la moglie, quindi senza colpa in lui; ma e motivo al tutto incolpevole per la donna. O suppongansi altre, simili o diverse, circostanze che rendessero il caso più speciale e difficile. Supponiamo, ad ogni modo, tali contingenze, onde non vi fossero le tradizionali ragioni, per cui la donna dovesse lasciare al marito e perdere la sua dote o *res uxoria*; ma e neppure le tradizionali ragioni, per cui il marito dovesse egli a sua volta perderla e restituirla, o tutta o parte, alla moglie. Una provvisione nuova, e che fosse poi generale per ogni simile caso, già qui occorreva.

Nulla più consentaneo (chi potrebbe negarlo?) a quel momento di storia, a quella vita giuridica romana, che il provvedimento (pur nella via accennata) non venisse però direttamente dalla pubblica autorità, bensì dai privati o per via de'privati medesimi. Appresasi quella possibilità, ben dovè parer tale, da dover prevedere, da doversene assicurare e garantire con un mezzo precostituito; essere, insomma, il caso di un *cavere*. E però cautelarsi, creandosi fra le due *familiae*, proprio dall'un

paterfamilias cui più importava, ed a carico dell'altro *paterfamilias*, quel rapporto esterno, quel vincolo, quella facoltà, che altrimenti non v'era: creandosi fra loro un rapporto personale obbligatorio; applicandosi al caso una *cautio* stipulativa, una obbligazione per stipulazione. Colla quale, e per la sua osservanza coattiva, ecco senz'altro (siccome per ogni altra stipulazione) data la via del ricorso alla pubblica autorità rendente il diritto, su richiesta stessa e per opera di quei privati, e fin così precostituita. Con che e dopo di che, però, chiamata così l'autorità a intervenire in quel rapporto, ch'era stato fin ad allora tutto interno alle famiglie; ed ancor svolgendosi la vita de' nuovi coniugii e famigliare; qual meraviglia che il magistrato poi, anche fuori della precostituita provvisione delle parti, direttamente all'uopo provvedesse, offrendo il mezzo di un' *actio* appunto *rei uxoriae?* Ma e che più naturale, che questa medesima *actio*, in che sta il massimo della novità, essa meglio e più ancora forse della *cautio*, di nuovo sentisse tutta l'influenza, anzi l'informazione, di quel *iudicium domesticum*, alla cui insufficienza soccorreva, cui continuava e svolgeva in sè medesima fino a sostituirlo? Quasi per natural eredità e trasfusione storica, tutta la natura del giudizio già famigliare par si dovesse, per quanto possibile, trasmettere nel nuovo giudizio pubblico, o meglio civile. E da ciò forse, infatti, le singolarissime qualità di quell'*actio* in sè, e del *iudicium* e *arbitrium* che ne seguiva, per tanti lati e caratteri. Qual meraviglia, che anch'essa fosse

stretta intimamente colle cause, onde il divorzio avvenne, e colla loro valutazione, per scenderne a quelle determinazioni patrimoniali ch'erano alla prima incerte? O che quel *iudicium* si fosse per tali determinazioni un *arbitrium*, tutto speciale e delicatissimo, tutto sull'« *aequius melius* » rimesso all'*iudex* ed *arbiter*; o, prim'ancora, il giudice vi fosse come censore, « *pro censore* », facendo un « *iudicium de moribus* », massime de' costumi della donna; donde tutta la risoluzione patrimoniale di quell'*actio* pendesse?

O io grandemente m'illudo, o deve proprio esser stato, per necessità indeclinabile d'ordine storico, così. E ben siamo adunque al caso di Carvilio. Siamo alle *cautiones*, siamo all'*actio rei uxoriae*; a quel suo *arbitrium* « *quod aequius melius* », al *iudicium de moribus*. Siamo al passo di Marco Catone nella orazione *de dote*, riferitoci da Gellio: « vir, inquit, cum divortium fecit mulieri iudex pro censore est, imperium quod videtur habet ».[1] Alle quali cose, e al qual passo di Catone, fa ora più che mai mirabile riscontro quello di Servio Sulpicio *de dotibus*, pure in Gellio, dal quale partimmo: « ..... tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas... cum Sp. Carvilius divortium cum uxore fecit..... ». A me pare, che ogni parola e frase già ne parli il linguaggio del tempo; già ci faccia gustare tutto il proprio senso storico; e già si abbia la chiave di quel segreto dell'antichità. E proprio

[1] GELL., X, 23.

non dev' essere senza certa ragione nelle cose, che proprio certe parole qui ne figurino e tornino; non altre.

24. Ma, senza precipitar le deduzioni, riprendiamo a proseguire le particolarità. Nell' ultimo discorso si è considerata la risultanza delle cose dal lato, per dir così, di quei matrimoni liberi presi per sè, pervenendone fin alle *cautiones* ed all' *actio rei uxoriae*. Ora, facciamoci dall' altro lato: cioè consideriamo quelle *cautiones* e quell' *actio* per sè ed in sè stesse, per vederne all' inversa, a quale loro rapporto c' inducano verso i matrimoni o dell' una specie o dell' altra. Si avrà insieme ad osservare il tempo, cui meglio si possano assegnare questi nuovi mezzi patrimoniali, cioè per la loro introduzione od origine; ed, inoltre, a vedere in qual connessione o relazione stiano essi stessi, quelle *cautiones* e quell' *actio*, fra di loro. Il che però così brevemente, come la lor trattazione qui, poco più che a mo' di episodio o d' incidente, ne può permettere.

Premettiamo, che le parole di Servio, in Gellio, sì per sè, sì tanto più colle altre soggiunte da Gellio stesso, già ne darebbero notizie precise; e che dunque starà soltanto a vedersi se ci risultino altronde confermate o contraddette. Secondo Gellio, proprio *cautiones rei uxoriae* non sarebbersi a dirittura desiderate, nè sarebbero state, prima di Carvilio e del 523 [1]: e nè, secondo Gellio, quelle *actiones*; neppure anzi (nè quelle,

[1] Si cfr. per tal constatazione anche CZYHLARZ, *o. c.* § 6 pag. 33, § 12 pag. 49.

nè queste), nonchè in Roma, nel Lazio. L'asserzione non potrebb' essere più risoluta. E Dionigi conferma, come si è visto, nel secondo passo riferitone, che nulla di tali mezzi conosceva il primo diritto di Roma; su di che si è pur discorso abbastanza. E il non esser nominate da Servio che le *cautiones*, può pur avere qualche ragione e significato; forse perchè prima furono le *cautiones*, delle *actiones?* A tal priorità il contesto di Gellio non parrebbe contrastare, se non anzi dar qualche appoggio.

Non ostante ciò, il Rein scriveva: « già nel tempo più antico fu in uso, che le donne si assicurassero la restituzione della dote con stipulazioni, il cui nome era *cautio rei uxoriae*, delle quali Gellio (IV, 3) dice, che fossero introdotte dopo la famosa *Ehescheidung*, pretesa la prima in Roma. Ma esse esistevano prima, così come anche le *Scheidungen* appartengono ad un tempo più antico, e ben però furono dapprima applicate solo al caso della morte di uno de' coniugi, poi altresì alla *Scheidung*. Divennero del resto tanto più necessarie, quanto più divenne solito che le *nubentes* apponessero determinazioni che erano alquanto complicate e divergevano dalle norme del diritto comune ».[1] Ed altri ritengono pure precisamente, altri non escludono, che già ne' matrimoni *cum manu*, pressochè del pari che poi ne' *sine manu*, fosser già quelle *cautiones* senza ostacolo adoperate.

[1] *O. c.*, pag. 435-436.

Senonchè ben è vero, che non si potrebbe escludere assolutamente e rigorosamente la possibilità di tali *cautiones* ne' matrimoni *cum manu*: non è però meno vero, che ragioni a indurre che invece non vi fossero per anco adoperate, non mancano; e che poi tante più se ne hanno per dire, che ad ogni modo l'applicabilità ed applicazione loro in quei coniugii non potrebb' essere stata nè generale nè di grande importanza, nè sempre di piena corrispondenza alle condizioni tutte e agli effetti degli scioglimenti di essi matrimoni. Intanto, nel caso che più di solito vi si considera, quasi considerandolo (e io credo a torto) il più consueto, di donna *sui iuris* conveniente *in manum* del marito, una stipulazione di lei stessa per tal ipotesi ed effetto, di lei che con diminuzione di capo si assoggettava al marito, non era possibile, nè concepibile. Tanto meno potrebbe pensarsi tal stipulazione sul capo, e però a favore, di donna *alieni iuris*. Per la quale ultima, soltanto adunque il padre di lei, o meglio padrefamiglia, che così l'alienava da sè trapassandola al marito, avrebbe potuto stipulare tal *cautio* circa la *dos*, che con lei desse egli stesso. E, così per donna *sui iuris*, come *alieni iuris*, se un estraneo fosse il costituente la *dos*, può certo concepirsi che questi potesse fin d'allora con una *cautio* renderla *recepticia*. Ma, certo ancora, quest' estraneo non potendo stipulare tal riversibilità, che per sè stesso, o in suo favore, almeno direttamente. E lo stesso dicasi del padre, il quale non avrebbe dunque, con ciò, che garantito e avvantaggiato sè stesso;

e non direttamente la figlia; se già non avesse pur voluto assicurarsi che la figlia, essendo ripudiata dal marito, rientrasse nella famiglia in cui prima era, nella potestà di lui stesso, dal quale era stata data al marito. La quale ultima cautela, od il quale ultimo effetto, circa il ritornar la donna al suo primo *paterfamilias*, non so se ne' ripudi de' matrimoni confarreati, o nelle *diffarreationes*, si potrebbe così facilmente supporre; a me pare, che assai difficilmente. Piuttosto, ne' matrimoni *per coemptionem* non si potrebbe affatto escludere; supponendovi, pertanto, che la *mancipatio* della *filia* vi si facesse in tal caso con una *lex* di *remancipatio* per quella data ipotesi e con quelle condizioni; sul qual caso e sulle quali condizioni si concepisse pur la *cautio*: semprechè tutto ciò si potesse rimandare a tempo abbastanza antico; mentre, come si vede, è già cosa alquanto complicata. E il che poi, di nuovo, non so come potrebbe figurarsi ne' matrimoni *usu;* dov' anzi, di nuovo, a me pare non si possa punto.

Le quali cose tutte mi sembrano abbastanza gravi, e stare a dirittura in contrario a quel primo supposto, di molti moderni, di cui testè dicevo. Solo dunque restandone, che ne' matrimoni *per coemptionem* potesse pensarsi sorta e già usata la *cautio* chiamata, come trovasi poi, *rei uxoriae*. E pur mi sia permesso di chiedere: e perchè non *dotis?* Ma, lasciando i nomi, che pur son storia sicura (e ci fosse sempre chiara!) delle cose, resta per di più, che neppur in tali matrimoni *per coemptionem* quella *cautio* si può però mai figurare

sul capo della donna medesima. Dacchè, se creata prima della *conventio*, sarebbe stata da questa distrutta; nè durante essa avrebbe potuto sorgere; e dopo, pare sarebbe invero tardi. E questo è gravissimo: è, per lo meno, tal restrizione, che appunto limita grandemente l'importanza di quel supposto, se anche non sembri renderlo (come a me sembra) non più verosimile.

Nè basta il considerato fin qui. Distinguiamo un po' i casi di scioglimento di quei matrimoni *cum manu*. Se per morte del marito, come potea la donna esservi meglio provveduta, dacchè si trovasse anch'essa, coi figli e quasi figlia, *sua heres* in quella *familia*? E, ad ogni modo, come mai concepibile qui una restituzione dell'apporto nuziale a lei, che non usciva dalla famiglia? Se già non ci si lasciasse andare a ulteriori supposizioni e costruzioni in tutto imaginarie, cui non credo dovermi arrestare. Che se pensiamo alla morte della donna, davvero diremo questo il caso primo e normale, in cui alla restituzione della dote ci si volgesse e provvedesse? Della dote, data e recata alla nuova *familia*, ai figli comuni, con destinazione perpetua? Ad ogni modo, qui non potendosi pensar mai all'apporto proprio di donna *sui iuris*, bensì solo alla dote data o dal padrefamiglia per donna *alieni iuris* o da un estraneo. E ci convien, dunque, ridurci agli scioglimenti fra vivi, ai ripudi. Dove, se guardiamo ai ripudi, che paiono da ritenere normali, per colpe della donna medesima, e colpe gravi, sembra pur naturale, e discendere anche da quel che si vide, che nè la donna riavesse quel

che apportò e nè però ancora chi diede una dote per lei se la riprendesse. Ma, supponiamo puranco colpe men gravi della donna, o nessuna colpa. Già parve potersi arguire, e quasi dedurre, dalle notizie (e ciò vale anche pel caso precedente), che lo stesso *paterfamilias* ripudiante, col suo *consilium* e *iudicium domesticum*, conoscendo del caso e di quell'atto, o del membro stesso della *familia* che così ne era reciso, statuisse pur sopra quella restituzione: o, diciamo più congruamente a quella famiglia e a quella condizione di vita (del resto secondo le parole di Plutarco), statuisse su parte del patrimonio famigliare d'esso ripudiante, a favore della persona ripudiata. Già ne parve la *familia* ancor troppo chiusa in sè, per ammettervi a ciò un vincolo esterno ed un richiamo alla pubblica autorità. E sempre, il vincolo della *cautio* per la restituzione, o meglio per la perdita di patrimonio a carico del ripudiante (si tenga presente), non potea essere che a favore ed in capo o del l'estraneo costituente la dote, o del *paterfamilias* della donna; e supponiamo pure del *paterfamilias*, a cui la donna per patto di remancipazione or tornasse. E resta, da ultimo, l'ostacolo per me massimo al supposto di quelle *cautiones* nei matrimoni *cum manu*, almeno più antichi: voglio dire il concetto stesso di quei matrimoni, ancor integro e pieno. Concetto di questi è un perpetuo, o in destinazione definitivo, entrare della donna nella *familia*, in che è il marito o che è del marito; e della donna sì per la sua persona, ch'è giuridicamente omai altra da quel che era, sì pei beni,

che seco porti o con che vi sia da altri accompagnata e i quali pure s' incorporano ed immedesimano nel patrimonio del marito o della *familia* di lui. Mentre la *cautio* è necessariamente inspirata da un contrario pensiero, ed almeno da contraria previsione e connaturale possibilità: e, sto per dire (credo con preciso fondamento), essa suppone una contraria condizione di cose, giuridicamente, o che non vi sia tal trapasso e incorporamento della donna nella famiglia del marito.

Sicchè, concludendo sulla *cautio* in rapporto alle specie de' matrimoni romani, se un leggero dubbio mi pare ancora plausibile, si è ch' essa potesse cominciare (ma e restando a vedere in qual momento) ne' matrimoni *per coemptionem;* e solo però nello scioglimento per ripudio senza colpa o non grave della donna, e di donna *alieni iuris* dotata dal suo *paterfamilias;* non mai potendo, del resto, essere stata una *cautio* in testa della donna e con azione per lei.

Passando all' *actio rei uxoriae*, posso cominciare dal dire, come si sia pur dai moderni più d' accordo nel ritenerla nata abbastanza tardi; ritenendosi però da molti nata ne' matrimoni *cum manu.* Mentre a me pare, che tanto stia contro questo supposto per l' *actio*, quanto già per la *cautio;* benchè poi la dimostrazione di ciò mi paia poter anzi riuscire più delicata ed ardua.

Però, procedendo con ordine, ecco, circa l' antichità in genere di essa *actio*, quel che scriveva il Bethmann-Hollweg, pur senza trattarne egli appositamente. Disegnando la comprensione della *legis actio*

per iudicis postulationem, vi attribuiva egli « quelle azioni, che nel periodo della procedura formulare sono assegnate alla classe degli *arbitria* in contrapposto ai *iudicia* e sono distinte dalle *stricti iuris actiones* come *actiones bonae fidei* »; quindi, oltre i casi espressi di *arbitria* delle XII Tavole ed altri analoghi a questi, vi attribuiva fra altri rapporti quasicontrattuali, anche l'*actio* appunto *rei uxoriae*, « il cui diritto (vi soggiungeva in appoggio dell'asserzione) è cresciuto in una coi costumi romani più antichi ». E altrove, fra i casi richiedenti, più che un mero *iudex*, un *arbiter*, avea già posto « la dote e la tutela », in quanto « rapporti di famiglia e perciò di fidanza, nella risoluzione de' quali era inevitabile l'aversi conto delle ragioni reciproche ». Al che, in nota, illustrava i passi relativi di Cicerone, aggiungendovi: « la tutela riconduce espressamente Cicerone alle XII Tavole, e la dote, o corrispondentemente l'apporto nuziale dell'intero patrimonio nella *in manum conventio*, appartiene alle più antiche istituzioni romane. ».[1] E similmente di poi il Padelletti, annoverando gli *arbitria* delle XII Tavole, riaffermava più espressamente, che se Cicerone « non avesse avuto un appiglio nell'antica giurisprudenza e nelle leggi decemvirali, di cui fu studiosissimo, per chiamare *arbitria* quella specie di giudizi » (chè così appunto li chiama e in più luoghi, e fra i quali è l'*ar-*

[1] BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gem. Rechts, Der römische Civilprozess*, I, § 46 pag. 165, e già al § 24 pag. 64 nota 16, Bonn, 1864.

bitrium rei uxoriae), « gli avrebbe senz'altro designati siccome *iudicia bonae fidei* di fronte agli *iudicia stricti iuris*, siccome del resto egli fa talvolta ».[1] Mentre però già il Karlowa avea detto, con più circospezione, non più di questo: « anche la *rei uxoriae actio* può essersi introdotta già prima della *lex Aebutia* ».[2] Ed altri pure ne avea già discorso, e ne ha poi discorso, massime de' trattatisti del sistema dotale, con maggiore determinatezza, in senso contrario all'opinione del Bethmann-Hollweg, e dunque per una assai minore antichità della detta *actio* od *arbitrium*.

Quanto all'argomento, che si è ora visto volersi trarre da Cicerone, esso non può avere, se meglio si guarda, quel valore; forse piuttosto si troverà riuscire a senso contrario. Già, anche supponendo che l'*arbitrium rei uxoriae* non risalga che al principio del secolo sesto di Roma, non v'ha dubbio ch'esso sarebbe stato per Cicerone abbastanza antico, perch'ei lo potesse mettere in un fascio cogli altri, tutti anche o taluni assai più antichi. Ma, ben più: se Cicerone riconduce bensì espressamente l'*actio tutelae* alle XII Tavole, e non anche in quello stesso passo l'*actio rei uxo-*

[1] PADELLETTI, *Le legis actiones*, nell'*Archivio giur.* XVII, fasc. 4, pag. 338-339. — Dietro alle quali autorità, anch'io altrove (*Della condanna nelle legis actiones*, al vol. XXI, fasc. 3, dell'*Archivio giuridico*, pag. 261), benchè senza volere nè dover trattare particolarmente l'argomento e perciò senz'alcuna precisa determinazione, nè diretta riferenza all'intima storia della famiglia, anch'io in sostanza non esclusi tale antichità dell'*actio rei uxoriae* qual'è tenuta dagli scrittori citati.

[2] O. KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, pag. 143, Berlin, 1872.

riae; ciò parrebbe importare appunto, ch' egli, esatto conoscitore ed espositore, sapesse proprio non risalir questa fin là, od almeno non trovasse sufficiente fondamento a ricondurvela. E già questa seconda ipotesi ne basterebbe a lasciar libera la ricerca sul momento di tempo, a cui più verosimilmente la si possa da noi assegnare sopra altre basi e ragioni.

Non può negarsi che, astrattamente ed a tutto rigore, l' *actio rei uxoriae* non è certo incompatibile coi matrimoni *cum manu* perfino nel tempo più antico; certo poi meno incompatibile della *cautio.* Ciò s' intenda però pel solo caso di ripudio; chè pel caso di scioglimento per morte, e basta considerare per morte del marito, tornan le ragioni dette della *cautio*, perchè alla vedova, rimanente nella *familia* e trovantesi *sua heres* al marito, pur l' *actio* non potesse competere. Compiuto, invece, senz' altro il ripudio da un matrimonio *cum manu* (quale che questo si fosse, e adunque per diffarreazione, poniamo, o per remancipazione), ecco una donna, non più appartenente alla *familia* del marito, non rientrante senz' altro in altra *familia*, resa invece con tal *deminutio capitis*, di *alieni iuris* che era, ora *sui iuris* ed avente ora in sè la sua *familia.* Alla qual donna, pertanto, nulla osta rigorosamente e in astratto il figurare, che il magistrato avesse concesso e attribuito, dapprima in date circostanze speciali poi generalmente, una tale *actio*, onde riaver dal marito ciò che con sè gli apportò o parte corrispondente del patrimonio famigliare; quale troviamo essere poi l' *actio*

rei uxoriae. Il sistema procedurale, preso in generale (convengo tuttora in ciò collo Hollweg e col Padelletti), neppure vi osta, anzi vi lascia acconcio e comodo luogo.

Ma ben vi osta, per contro, tutto il sistema famigliare nella guisa, che io nòn starò più a ridiscorrere; e, almeno secondo che a me pare, innegabilmente e pressochè assolutamente. Vi osta sopra tutto l' antico vigore di tutta la stretta chiostra della famiglia, di fronte alla vita ed azione dello stato. Vi osta, in ispecie, il sistema e concetto della dote, cioè quali ne risultano precisamente nella loro esistenza iniziale o più antica, e quali han conferma in tutto che ne appare dello svolgimento dell' *actio rei uxoriae* medesima. Il quale svolgimento, poi, sembra ad ogni segno affermarsi ben piut tosto come relativamente recente, che come antico. Infine, l' indole stessa più intima dell' *actio rei uxoriae*, così singolare e può dirsi eccezionale, la sua stretta personalità, la moralità ond' è tutta predominata, il concepimento che già vi si contiene del vincolo coniugale per sè, l' esplicamento su cui poggia della personalità della donna e via via; tutto tutto, insomma, a me pare accusarvi, ch' essa non possa essere sorta se non ad un avanzamento già notevole della storia di Roma. E già questa può dirsi l' opinione comune. Ma, e a me pare altresì, ch' essa *actio*, quasi ancor più della *cautio* stessa, indichi e supponga tal condizione, in cui quel patrimonio, che fu apportato dalla donna nel coniugio (dal quale ora ella esce per una od altra guisa e cagione); quel patrimonio, sia bensì incorporato nel com-

plesso di beni del marito e della sua *familia*; però sempre come recatovi da persona, che, non ostante la convivenza di *uxor* e *mater*, pur non entrò in questa *familia*, anzi vi restò *extranea*: patrimonio pertanto che, almeno in fatto, potè ognora considerarsi a sè, ed io direi anche potè appunto chiamarsi sempre *res uxoria*. La qual condizione, in somma, de' matrimoni liberi, sarebbe il punto di partenza e la base necessarii agli svolgimenti ulteriori del sistema dotale, sopratutto ai regolamenti di poi per la conservazione della dote, alla sua considerazione ognor più qual patrimonio della donna benchè con destinazione alla famiglia, ai figli: siccome della donna era veramente e naturalmente, e siccome poco mancò che il diritto ulteriore e massime l'ultimo non dichiarasse ch'era altresì civilmente. Ma ben comprendo non poter dare vera dimostrazione neppur di tutta questa, ch'è pur in me persuasione sì ferma sulle risultanze complessive e sul senso storico delle cose. Che se, ad ogni modo, si volesse ritenere, ma del resto (salva la possibilità) pur
nz' alcu mento diretto e deciso, che già ne' ri-
li de' *cum manu* fosse nata quell' *actio*;
ubri , che non alle diffarreazioni, sì
azioni si dovrebbe guardare, sic-
disadatto. Talchè al più anche
autio, questa sua origine ne
l' oscuro illanguidirsi dei
d altresì *usu*, che certo

importò un accostamento loro alle condizioni de' matrimoni *sine manu.*

E se volessi or dimostrare, all'inversa, che sì la *cautio* e sì l'*actio rei uxoriae* tanto bene si attagliano e corrispondono ai matrimoni *sine manu* e alle condizioni de' lor scioglimenti, quanto male a quelli *cum manu* e alle loro dissoluzioni; io non avrei che a riprendere a rovescio tutti quanti gli argomenti fin qui pòrti con una inutile e noiosa ripetizione. Io non so omai imaginare maggiore corrispondenza; io non so anzi omai dubitare, che ivi sia proprio la genesi di quei mezzi per restituzione dell'apporto uxorio. E ho detto corrispondenza agli scioglimenti dei matrimoni *sine manu;* ma più precisamente avrei dovuto dire scioglimenti volontari o fra vivi, e in somma per divorzio; chè altro è de' loro scioglimenti per morte, dei quali è da dir qualcosa in particolare: ma il che non vuol dire, naturalmente, che tali mezzi, nati in quelli, non passassero in questi. Però, prima di venirne a codesto, e sempre per meglio poi ritornarne là dove ognora miriamo, ci conviene considerare più addentro il contenuto di tali mezzi e per ciò, e con ciò, il rapporto fra loro medesimi.

25. Facendomi dal quale rapporto, io posso per ventura in gran parte aderire a quanto ne scrivea non è molto Alfredo Pernice.[1] « Il più ovvio senza dubbio sarebbe », scrivea egli per le *actiones rei uxoriae*

[1] *Marcus Antistius Labeo*, I, pag. 452 e seg., Halle, 1873.

(ed io però direi solo, che parrebbe alla prima il più ovvio), « di farle derivare dalle *cautiones rei uxoriae*, la cui priorità non può certo essere negata ». Nella quale ultima opinione io pure consento; solo, non veggo ch' essa possa dirsi così certa e assoluta. Continuava il Pernice osservando, non poter stare in contrario ad una tale supponibile derivazione nè la difficoltà di una *stipulatio post mortem;* nè lo svolgersi di un' *actio bonae fidei* da stipulazioni: al che però io penso non tutti vorrebbero sottoscrivere; e il che tuttavia non ci occorre qui non ammettere o discutere, chè vi ha di più e più preciso. « Il punto decisivo (passava a esporre ottimamente il Pernice) è pertanto, se si possano spiegare dalle *cautiones* le singolarità dell' azione dotale. Or se ciò sarebbe possibile per le *retentiones*, mi sembra impossibile per la non ereditarietà dell' azione ». Ecco, anche a mio avviso, la particolarità decisiva. Per cui, adunque, quei due mezzi non si possono pensare derivati l' uno dall' altro (e cioè l' *actio* dalla *cautio*, chè il viceversa non sarebbe possibile concepire), od, anzichè due mezzi distinti, in sostanza un solo a diversi gradi di sua vita e sviluppo. Bensì debbono, al contrario, vedersi nati e considerarsi al tutto distinti e indipendenti fra loro; comechè si possano o debbano tener nati contemporaneamente od a breve intervallo, e verosimilmente essendo di poco più vecchie le *cautiones*, cui l' *actio* avrebbe tenuto dietro.

Dopo di che, continuando pure il Pernice ad esaminare l' *actio rei uxoriae*, egli l' annovera e parifica

ai contratti e rapporti fondati sulla *fides* ed importanti l'infamia; nè vi osta (ben dic' egli) il mancarvi « l'efficacia infamante ». Il che io non voglio negare e respingere. Solo, voglio soggiungere come, più ancora di questo, importi guardare quell' *actio* alla luce che dissi: cioè, quale riproduzione e specchio di quel che già avveniva nel *consilium* e *iudicium domesticum*, all'interno della famiglia, giusta il costume pressochè religioso e certamente tutto *officium* e *pietas* famigliari, verso l'*uxor in manu* o veramente la *materfamilias*, che si ripudiava: quell' *actio* parmi tutto quel giudizio trasportato dalla cerchia famigliare alla pubblica o (secondo l'antico senso della parola) civile, dello stato. Ed ammetto quindi anche col Pernice, essere in giuoco nell' *actio* stessa l'*officium*, ben più che la stretta valutazione giuridica, come ancora si discorrerà. E posso fin ammetterne, pur sempre col Pernice, il parallelo collo svolgimento della tutela; parallelo che (io noto) tornerebbe alle parole già accennate di Cicerone, appoggiandovisi in una e rischiarandole assai bene; senza che qui mi sia dato su ciò di fermarmi.

Mentre, in qualche altra espressione del Pernice, proseguendo nell'analisi di essa *actio*, non potrei consentire; e vorrei anzi invertirla. Il marito scriv' egli, era, cioè anche in matrimonio *sine manu*, « giuridicamente illimitato padrone della dote; ma, di fatto, unicamente... come il padrefamiglia del patrimonio famigliare »: e va bene. Ma soggiunge pure, che era « unicamente un amministratore del patrimonio della

donna, come il tutore del patrimonio del pupillo ». E quest' ultima parificazione non posso accettare; chè, almeno indubbiamente pel sesto secolo di Roma, non credo ch' essa ritragga quel momento storico della dote: tanto penso io si trasfondesse ne' matrimoni *sine manu* l' idea e condizione, anche in ciò, di quelli *cum manu*. Quel momento ho cercato testè di ritrarre; e già, ripeto, io non so meglio vederlo come in viva immagine, che nelle parole *res uxoria*; quasi, insomma, queste ne parlino qui quanto l' appellativo di *aes alienum* nel mutuo. E coerentemente a ciò, neppure potrei dire col Pernice, volendo almeno ritrarre ancora quel momento, che « il togliere la dote alla donna urtava contro un dovere morale *(officium)* », un dovere, o piuttosto costume, famigliare. Chè, al contrario, io direi che innanzi tutto vi urtasse il ritoglier la dote alla *familia* maritale, ai figliuoli; ossia, che la prima e prevalente destinazione della dote fosse anche qui a tal *familia*, e primo e prevalente *officium* il lasciarvela, attuandone davvero la perpetuità concettuale: solo quando la donna senza colpa o non grave o non sufficiente fosse rimandata, solo allora invertendosi appunto l' *officium*. Ed ecco ora in quest' ultimo caso si determinò (come penso facesse già il giudizio domestico) col pubblico giudizio se e quanto alla donna dovesse ridarsi o riassegnarsi dal patrimonio famigliare, dall' apporto di lei; sopra quella valutazione morale, delicata, equa, che già si disse, e fino a quelle definizioni positive, in che si concludeva l' *arbitrium*. Che se a poco

a poco si venne a tale, da concepire, invece, dovuta di regola la restituzione, salvochè per eccezione non la si dovesse per una colpa della donna; però, il corso stesso e la fatica di tale evoluzione, o proprio inversione, attesterebbe che si partì da contrario sistema, come poi ben risulta d'altronde; e insisto, che ciò deve tenersi sempre dinanzi. Mentre, ripeto ancora, è ovvio che appunto si fossero i matrimoni liberi quelli, che si prestarono a tale evoluzione, e che fors'anzi la determinarono; certo quelli, in cui procedette senz'altro e si operò.

Ma esaminiamo ancora più addentro codesto *arbitrium rei uxoriae*. Che l'*actio rei uxoriae* conceduta, com'è certo, alla donna a riavere appunto la sua *res uxoria*, conducesse di necessità ad un *arbitrium*, ed io direi ad un *iudicium* che fosse insieme un *arbitrium*, lo dicono gli antichi e vi convengono i moderni, nè par possibile dubbio. Per fermo, non vi si tratta di una rivendicazione, nè d'altro lato d'un *restituere* vero e proprio, bensì di un *dare oportere*; ma e per fermo non vi si può trattare di un *certum*, e nonchè di *certa pecunia*, neppure anzi di una *certa res*: o se perfino a una *certa res* potesse direttamente mirarsi, per fermo non si potea dir da principio se tutta la si avesse a chiedere o solo parte e qual parte, ossia non potrebbe in quest'ipotesi aversi dapprima che una condizione pressochè analoga a quella degli arbitrii divisorii. In somma, la prestazione stessa, per lo meno pel quanto, ancor dovea determinarsi, e dal giudice me-

desimo. Ed io tengo altresì indubitato, che il giudizio mettesse capo ad una *condemnatio* pecuniaria sopra la stima del quanto o dell'oggetto, una volta determinato, *aestimata re*[1]. Qual più esatta e sicura figura di *arbitrium?* E s'aggiunge che, non solo il giudice ed *arbiter* dovea tener conto qui delle ragioni reciproche, della buona fede, dell'equità, delle circostanze tutte speciali, e via via; ma, più e proprio, quest'*arbitrium* ci è dagli antichi stessi differenziato dagli altri in guisa scultoria nell' « *aequius melius* ». Formula questa data, infatti, da Cicerone quasi a suprema espressione d'*arbitrium*[2]; e nè invero saprei a qual altro caso più corrisponda la definizione di Festo, « arbiter dicitur iudex quod totius rei habeat arbitrium et facultatem ».[3] Di ben più, che in tutti gli altri negozi e contratti o rapporti, pur della massima buona fede, è infatti in codesto *arbitrium rei uxoriae* da tener conto; e cioè, di un vincolo che è tanto prevalentemente morale, siccome il coniugio, nel momento che si spezza.

Ma valga, meglio ch'altro, portar questo passo, con che Boezio dichiara Cicerone, e ch'è qui massime nella seconda parte ben opportuno. « Est autem iudicium uxoriae rei, quotiens post divortium de dote conventio

[1] Ciò, per lo meno, incontestabilmente appena incominciò il sistema formulare; il quale però quando precisamente incominciò? E dico in quel sistema, comunque poi vi s'immagini l'origine della generale condanna per denaro; la quale però a sua volta non dovè, per lo meno, aver avuto precedenti parziali?

[2] *Pro Rosc. Com.*, 4; etc.

[3] Da PAUL. DIAC., v. arbiter.

est. Dos enim licet matrimonio constante in bonis viri sit, est tamen in uxoris iure et post divortium velut res uxoria peti potest. Quae quidem dos interdum his condicionibus dari solebat, ut si inter virum uxoremque divortium contigisset, *quod melius aequius esset*, apud virum remaneret, reliquum dotis restitueretur uxori, id est, ut quod ex dote iudicatum fuisset melius aequius esse ut apud virum maneret, id vir sibi retineret, quod vero non esset aequius melius apud virum manere id uxor post divortium reciperet. In quo iudicio non tantum boni natura spectari solet, verum etiam comparatio bonorum fit, ut non tam quod bonum, sed quod melius aequiusque esset, id sequendum sit... ».[1] Per quanto tardo e con elementi non originari, assai bene questo passo presenta pur ciò, che dovè essere originario ed essenziale in quell'*actio*, sicchè ne rimase pur sempre inseparabile natura, come poi meglio sarà toccato. Ed una significante rappresentazione ci conservò Valerio Massimo, là dove ne offre il giudizio di G. Mario fra Titinio e Fannia. Chè Mario « sumptus inter eos iudex », « ..... Titinium monuit ut incepto desisteret ac mulieri dotem redderet »; nel che pur sembra di sentire uno strascico o influsso dell'azione officiosa del giudizio domestico, e quasi anche un accenno all'osservanza spontanea del costume: oltre rientrar ciò di per sè nell'*arbitrium* medesimo. Senonchè, segue Valerio, « quod cum saepius frustra fecisset, coactus ab eo

[1] *In Cic. Top*, ex l. VI, ad. c. 17, 65.

sententiam pronuntiare mulierem impudicitiae sestertio nummo, Titinium summa totius dotis damnavit... »; ed anche quest'ultima frase, per quel che ho accennato, a me pare storicamente esattissima. Onde poi Fannia rimase con gratitudine a Mario, « memor, quod impudica iudicata esset, suis moribus, quod dotem servasset, illius religioni acceptum ferri debere ». [1]

Tale determinazione, adunque, di quel che fosse o meno dovuto della *res uxoria* stava, a mio vedere, nell'*arbitrium*. Vero, che noi troviamo poi, nel sistema delle *retentiones*, già predeterminate le misure di esse, a seconda dei *mores* o *graviores* o *leviores*; sì che il giudice non dovea, che ponderare di qual caso si trattasse, e applicare allora o l'una o l'altra misura predeterminata, cioè preesistente e superiore alla sua pronuncia. Ma, poichè non possiamo ricondurre tal determinazione esatta a nessuna legge; non in ispecie alla supposta *lex Maenia* del Voigt; pare che la non si possa e non si debba ad altro ricondurre, che appunto ad una consuetudine invalsa man mano nelle stesse pronuncie giudiziali degli arbitri, e così divenuta fissa e diritto positivo: forse, di nuovo, con un addentellato nella giurisprudenza, per così dire, de' vecchi giudizii famigliari; e forse con una corrispondenza e conferma nelle spontanee (o fin convenzionali?) osservanze ed esplicazioni della consuetudine stessa. Su di che si dovrà anche tornare.

[1] VIII, 2, 3.

Qui quel che ancora importa si è che, come già di per sè stesso risulta, e come il giudizio or riferito di Mario ne rappresenta in modo vivo e, benchè tardo pel tempo cui ora guardiamo, non meno però significante; si è, dico, che quella determinazione arbitrale sopra la *res uxoria* non potea ispirarsi e discendere, che dalla valutazione delle colpe, che i coniugi or divorziantisi si avessero l'un verso l'altro e donde il divorzio nascesse. Qui proprio si aggira quell'*aequius melius* per un'inscindibile necessità, per una connessione ideale, che ne appare anche reale: ossia già qui si ha, o già l'*aequius melius* contiene, anche quel che fu detto *iudicium de moribus*; che ora non posso cercare come di poi potesse svolgersi, massime nel detto determinarsi delle *retentiones*, ma che per lo meno in origine parrebbe immedesimato con tutto quel giudizio *rei uxoriae*. Una tale connessione o unità ritrarrebbero, secondo me, le tanto disputate e già citate parole di Catone, pur recate da Gellio, « ex oratione, quae inscribitur *de dote* »: « vir cum divortium fecit, mulieri iudex pro censore est, imperium, quod videtur, habet; si quid perverse taetreque factum est a muliere, multitatur; si vinum bibit, si cum alieno viro probri quid fecit, condempnatur ».[1] Dove non è forse lungi che il *multitatur* (se la parola è genuina[2]) potesse ritrarre il sistema delle *retentiones* qual si veniva deter-

[1] *Noct*, *Att.* X, 23.

[2] Vi si può forse bene accostare il « *multem matrimonio* di PLAUTO, *Amph*, II, 2, v. 222?

minando a poco a poco: e fors'anco ne esprime, insieme all'arbitrarietà, anche la pecuniarietà, che dissi, della condanna.

Accuratamente rilevava il Voigt, il *iudicium de moribus* apparir veramente, massime nelle fonti più antiche, come *de moribus mulieris.*[1] Or ciò non è che in piena corrispondenza e conferma di tutto quanto venni dicendo: corrisponde da un lato col conformarsi, che ripetei, de' matrimoni *sine manu* a quelli *cum manu* per ogni rapporto; corrisponde con quel che si è discorso dell'*actio*. Una volta introdotta questa, quando dalla donna veniva intentata, dovea produrre naturalmente, ond'avesse o no il suo effetto, appunto quel giudizio sopra tutto e di regola sui costumi di lei; ma e che potè pur stendersi naturalmente a quelli del marito. Se e come anche il marito potesse provocare un tal *iudicium de moribus*; e se e come, altresì, lo sviluppo di codesto giudizio potesse pensarsi, anche qual pregiudizio all'accordarsi dell'azione, non posso ora che lasciare in sospeso. È dalle sole fonti posteriori, persino ultime, da esse a ritroso risalendo, che può rifarsi all'indietro questa storia. Ma già voglio dire, che se esse e fin le giustinianee s'interroghino, se si guardi ad esempio l'ultima forma dell'*edictum rei uxoriae* così bene raffigurata dal Lenel[2], già in sostanza si scorge ritornarsi, per quest'altra via, alla conferma di quel che venni esponendo.

[1] *Die Lex Maenia de dote*, § 11, pag. 41 e seg.
[2] *Das Edictum perpetuum*, pag. 241 e seg.

Ed or, visto così qual fosse il contenuto dell'*actio*, se si ritornasse alla *cautio* per chiedercene pur il contenuto e il risultato, che cosa potrebbe rispondersi? Non si potrebbe rispondere del tutto adeguatamente, che penetrando nella storia e nello sviluppo della stipulazione e delle sue varie figure, di *stipulatio certae pecuniae*, *certae rei*, ed infine *incerta*.[1] Perchè, appunto, si può dubitare in quale di queste figure si presentasse dapprima la *cautio rei uxoriae*. E perchè si potrebbe sopra tutto essere allettati a sospettare, che per avventura già nell'ultima, ossia come *incerta*, si offrisse; e che così la *cautio* potesse perfino corrispondere al contenuto, che ebbe l'*actio*. Il qual ultimo supposto mi parrebbe però di gran lunga audace e insostenibile: benchè debbo confessare, che a tutte queste domande io non posso qui rispondere, e parmi quasi non soccorrano, a rispondervi, i dati. Solo non tacerò, che già mi pare assai esservi per ritenere, che tal *cautio* fosse *certa*, e se non anzi unicamente di *certa pecunia*, almeno non oltre la *certa res*: al che la difficoltà stessa della stipulazione incerta, che fin Labeone raccomandava raffermare con una certa, e il confronto con altre stipulazioni pur con concetto speciale di *cautiones*, e le fonti riferibili benchè assai tarde, mi par che più inducano. Ma allora si domanderà (massime per la *certa pecunia*), in qual somma la si concepisse, con qual criterio si estendesse alla « summa

[1] Cfr. C. KARSTEN, *Die röm. Lehre von der Stipulatio*, Rostock, 1878, in ispecie a pag. 66 e seg.; ed altri.

totius dotis » (per prender la frase a Valerio Massimo) o si restringesse a qualche parte, e con qual formula. E di nuovo preferisco rispondere col confessare di non saper rispondere; è questa ricognizione di piena ignoranza, che talora, e così qui, è preferibile a vani sforzi troppo puramente congetturali. E del resto quel che poi dalle fonti, ripeto alquanto tarde, si possa ricavare, si dovrà vedere altrove.

Che se, infine, si chiedesse per qual via o da chi tali *cautiones* ed *actio* fossero introdotte, io mi farei a distinguere. Per l'*actio* scriveva lo Czyhlarz, dietro al Bechmann, potersi dire « con sicurezza questo solo, che nè ad una legge, nè all'editto pretorio può essere ricondotta; la qual ultima cosa già da ciò è evidente, che il suo sorgere è già innanzi alla *lex Aebutia* »: e soggiungeva doversi « quindi riguardarla come un prodotto della giurisprudenza, senza poi che sulla via stessa, che a ciò la giurisprudenza ha battuto, nulla possa sostenersi con certezza ».[1] Senonchè, io non trovo che da opporgli senz'altro col Bekker: « per qual altro mezzo il diritto consuetudinario creò mai le sue nuove azioni, se non mediante il pretore? »[2] E donde altro un'*actio* potea sorgere, se non accordata, creata dal magistrato? Sia pure che non essendo, del resto naturalmente, se non che l'espressione di un bisogno già sprizzato fuori e maturato dalla consuetudine generale; ossia uscendo essa qual effetto particolare di una pre-

[1] *O. c.*, § 8, pag. 39,

[2] *Die Aktionen des röm. Rechts*, I, Beil. G., pag. 316, Berlin, 1871.

parazione tacita e di una lavorazione spontanea, appena un' adeguata occasione se ne porse. E fosse pure, che dovesse tenersi anteriore alla legge Ebuzia; mentre questa è di sì incerta data, che potrebb' anche porsi innanzi al 523. Ma che perciò? Comunque il passaggio dalle *legis actiones* alle *formulae* si concepisca, non vi era anche nelle *legis actiones*, e si accennò, luogo a tale *arbitrium*? Che se pur di recente il Karlowa diceva degli editti pretorii, che « la lor propria importanza per l' avanzamento del diritto privato romano essi raggiunsero solo dacchè la concessione dell' *actio* venne ad essere nelle mani del magistrato, cioè coll'introduzione del processo formulare »[1]; io però domanderei, se ciò sia poi così assolutamente certo, se il trapasso dovesse esser sì brusco. E osserverei, che il Karlowa stesso ammette, come possibili, editti annuali di pretori innanzi al sistema formulare, e certo loro statuizioni per gli *interdicta* ed altro; e, dopo ciò, quasi che potrei trarre fin qualche frutto da quella parola « imperium » di Catone al passo testè ricitato? Ma non mi pare dovermi invescare neppure in tutto ciò. Noterei solo, che in ispecie si tratterebbe di un *arbitrium*, a cui il pretore avrebbe dato luogo; e questa può essere pure circostanza importante. Ma, in somma, mi starò contento alle parole del Bekker, chè non mi occorre di più.

Invece, nulla veggo in contrario a ritenere che la *cautio*, quasi lo accusasse col nome, sia dovuta diret-

[1] *Röm. Rechtsgsch.*, §. 60, pag. 462-3.

tamente a quella giurisprudenza cautelare, a quei vecchi giureconsulti pei quali il *cavere* era una delle forme di esplicazione, che in quel tempo dobbiam tenere in tutto vigore.[1] Così, ciò che la vita avea maturato, si sarebbe configurato e nella forma privata e più rigida della *cautio* mediante gli esperti, e nella forma pubblica e più sciolta dell'*actio* mediante il magistrato. E forse la prima trasse dietro a sè la seconda; forse essendole, benchè può pensarsi che di poco, anteriore, ed aprendole così essa la via o quasi provocandola e facilitandola. Certo, come osservai, le parole di Servio porterebbero, che veramente le *cautiones* dal divorzio carviliano incominciassero e fosser le prime; e le parole di Gellio possono ciò confermare.

E or tutto ciò, che si è venuto discorrendo dell'*actio rei uxoriae*, mostra pure quasi ad essa congenito, ch'essa nascesse nel caso di divorzio e a questo sopra tutto anche di poi si applicasse: fin il titolo dei Digesti giustinianei « *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur* » ancora lo accusa. E però anche la *cautio*, tanto si trova dovesse rispondere al bisogno per caso di divorzio; quanto poco invece al caso di scioglimento per morte, anche di matrimonio *sine manu*. È quanto pur risulterebbe espresso e diretto già dalle testimonianze, massime di Servio e Gellio. Contuttociò resta, o piuttosto deriva, che non ci possiamo qui dispensar dal toccare, comechè brevemente (ma e sarà con utilità proprio pel nostro tema) anche del caso della morte.

[1] Cfr. ora P. Krüger, *Gesch. der Quellen des röm. R.*, 1888, § 7, p. 49.

26. Morendo il marito, ricordiamolo ancora una volta, la *materfamilias* di lui, la moglie ch' era *in manu* di lui, mentre ne rimaneva *sui iuris*, gli era però *sua heres;* del tutto, giuridicamente, alla pari dei figli e delle figlie, quasi ne fosse sorella. Che se pensiamo al caso che morisse con testamento (poniamo che sempre in Roma potesse farlo, o ad ogni modo dal momento che lo potè), pare ben anche da tener fuor di dubbio, che cotanto dal costume, dall' *officium*, dalla *pietas* famigliare fosse assicurata sott' ogni rapporto e modo la moglie *in manu*, quanto lo erano i figli in potestà, o n' era insomma ogni altro *suus heres*. Perfino dobbiamo pensare che tal vedova se fosse diseredata, dichiarata *exheres*, lo fosse pure per giuste cagioni, per le quali non avesse meritato riguardo nè quasi provvedimento: appunto come ne' ripudi per gravi trascorsi di lei. Però, si dirà, e se si avesse diseredazione ingiusta? Invero possiamo ritenerla non verificatasi che tardi; e quando spuntata, ad ogni modo (senza poter entrare in soverchie disquisizioni sullo svolgimento della successione strettamente famigliare e della libertà testamentaria di fronte ad essa) dobbiam ritenere, di nuovo, che non altrimenti e non meno si provvedesse alla vedova già *in manu*, di quel che si venisse provvedendo ai figli *heredes sui*. Che la *dos*, o l' apporto *ipso iure* di beni, della donna convenuta *in manu*, recasse per lei una distinzione e differenziazione, non abbiamo nessun indizio che lo accenni, e non abbiamo ragione per argomentarlo; dall' insieme anzi delle risul-

tanze, come anche si sta per riconsiderare e dedurre, parrebbero scendere indizi in contrario. Del caso poi di morte della moglie *in manu*, non ci occorre qui di parlare; è caso uguale alla scomparsa in genere di un membro della famiglia, il quale non aveva e non poteva avere ragioni patrimoniali a sè.

Passiamo ai matrimoni *sine manu*. Dove pure possiam quasi scartare il caso di morte della donna; dacchè invero nessuna ragione si vede, secondo gli antichi concetti, per cui qui dovesse avvenire rispetto al patrimonio qualcosa di diverso da quello, che se il matrimonio fosse stato *cum manu;* bensì tutto parla nel senso, che anche l'apporto della donna stessa a tal famiglia del marito e dei figli, pur scomparendo ella, vi rimanesse. Dell'astratta possibilità, ma della positiva inverosimiglianza, di una *cautio* per la riversibilità della dote al padre, o all'estraneo costituente, si è già detto: che si pensasse e provvedesse di già ad una restituzione a favore degli eredi in genere della donna tanto meno sarebbe immaginabile. Guardiamo dunque al caso della morte del marito, per la quale un matrimonio *sine manu* restasse disciolto.

E per codesto caso troviamo un corso di cose abbastanza chiaro e assai interessante: è il testamento del marito, che tiene qui la parte più importante, che è veramente il mezzo giuridico, con che si corrispose al bisogno; siccome ultimamente esponeva assai bene anche l'Esmein.[1] Fin dai matrimoni *cum manu*, se-

[1] *Le testament du mari* etc. nelle sue *Melanges d' histoire du droit*

condo l'Esmein, sarebbe già stato, quanto a tal testamento, così, come poi si trova, e cioè come avrebbe continuato, ne' matrimoni *sine manu*. Che se anche così non fosse, non perciò meno vi sarebbe anche qui una continuità da quei matrimoni a questi; poichè in questi sarebbesi, in ogni modo, col testamento adempiuto ciò, che in quelli seguiva *ipso iure* per la qualità stessa nella vedova di *heres sua*, o similmente. Certo è che, quale costume e antico e generale, costante anzi e diffuso in una guisa singolare e quasi sorprendente, risulta che il marito disponeva verso quella che rimarrebbe vedova di lui; in ispecie così procacciandole la restituzione almeno del suo stesso apporto: determinazione quest'ultima, che non potremmo accertare se originaria o no, se per influenza de' nuovi matrimoni, o per avventura preesistente. Foss'anche, io dico, incominciato ciò co' soli matrimoni liberi, già da ciò due gravi e felici conferme si avrebbero: sì dell'antica condizione; e sì del conformarsi per questo lato i nuovi matrimoni ed i loro scioglimenti agli antichi. E più parrebbe pur da ciò risultare precisamente, che una *cautio* per tal caso non dovesse in antico essere usata; o non prima dell'uso, ora detto, di tal testamento: chè, altrimenti, di una tale e sì diffusa provvisione nelle vie

etc., Paris, 1886, p. 37 e seg. — La raccolta dei *Luoghi plautini riferentisi al matrimonio* fatta da Em. Costa, che ho sopra ricordata, chiama la mia attenzione su un passo assai interessante e mal trascurato di Plauto nella *Casina*, II, 5, v. 21-9, dove appunto si tratta della condizione patrimoniale d'una vedova e della provvisione a lei da parte del marito.

testamentarie non vi sarebbe stato bisogno, non almeno occasione, e nè quasi luogo.

Secondo l'avito civile costume de' matrimoni più proprii, secondo la pietà, secondo il concetto tradizionale del vecchio matrimonio trasfuso nei nuovi, qui realmente la volontà del marito con ispontanea osservanza provvedeva, ancorchè alla moglie non fosse egli qui *paterfamilias*. È il parallelo di ciò, che ho supposto ne' nuovi divorzi, ne' primi fra essi. Che, invece, la volontà del marito andasse contro a tale *officium*, non è da pensar che avvenisse; o se da lui non si provvedesse alla donna, di nuovo è da credere che ciò fosse perch' ella stessa se ne fosse resa indegna, fosse per giusti motivi, per colpe di lei. Vi ha ancora, che se tardi (quando non dovessimo mutare in ciò l'opinione comune, mentre non se n'avrebbe base) il pubblico magistrato soccorse alla vedova, come al vedovo, colla *bonorum possessio unde vir et uxor*, e ançora non gliel' accordò che in grado sì lontano, diverse cose in questo posson vedersi significate. E che tardi il soccorso abbisognasse, per bastarvi l'osservanza spontanea; e che il diritto magistratuale stentasse a far tanto, là dove gli mancava ogni fondamento di vincolo famigliare, cioè civile, e ove pertanto dovea andar troppo contro all' antica costituzione di famiglia, seguendone e raffermandone una nuova; che, infine, dovè forse prima essersi ben svolta e costituita la restituzione della dote nel caso stesso di morte, oltrechè in quello di ripudio. Inoltre, lo stesso *edictum de alterutro*, pel modo come

considerava il testamento e facea perderne alla donna ogni beneficio, se questa preferisse i mezzi che il diritto le diede, sembrerebbe confermare il valore, che sopra ho detto, nel testamento del marito pel tempo antico: e sembrerebbe altresì far supporre un'applicazione abbastanza tarda dell'azione di restituzione di dote, nata pel caso di divorzio, al caso di morte.

Dopo di che tutto, con qual mai buona ragione potremmo noi arrogarci di dire, che prima nel caso di morte del marito, anzichè nel caso di scioglimento fra vivi, le *cautiones rei uxoriae* fossero adoperate? O almeno, che così dovesse essere, se le si suppongano usate dapprima ne' matrimoni *sine manu*, dov'è veramente che il caso di morte avrebbe a ciò tale importanza? E non parlo dell'*actio*, chè ad ogni modo essa è troppo al divorzio connessa. Già in tal caso di morte del marito (pensava lo Czyhlarz) poteva la donna essere ingiustamente privata della sua dote, ed essere così sprovveduta; se cioè il marito non vi pensasse, o nol volesse. Ma, oltre a non potersi ritenere facilmente quest'ultima cosa, io dico di più, che non è questo il punto di veduta più conforme al più antico diritto; e nè agli stessi primi avanzamenti del matrimonio libero, nella vita di Roma, verso una sua costituzione positiva. Il concetto, infatti, ed istituto avito romano si era, e che l'apporto della moglie s'incorporasse definitivamente di regola e per sè nel patrimonio famigliare, e che la donna pur uscendone, essendone scacciata, nulla ne riavesse; salvo fosse scacciata ingiustamente, e allora cioè

il marito facesse a favore di lei una perdita. E questo concetto non potea portar, di per sè, che alla morte del marito, essendo la moglie fuor della famiglia per non esservi mai entrata, essendo il coniugio *sine manu*, paresse giusto dare a lei mezzo di riavere la dote sua: tutt' altro. E almeno, qui non potea sorgere tal flagranza di bisogno, tal conflitto, per cui dai privati stessi, e tanto meno dal magistrato, si provvedesse con un mezzo giudiziario alla donna per tal restituzione. Più naturale, invece, che per venirsi in questo caso a tanto, dovesse già essere invalsa tutta una condizione di cose diversa dall' antica, e ognora più allontanantesi dall' antica, cui pur nella trasformazione continuava.

Per contro (io ripiglio) suppongasi tal rimando della moglie, in cui e il marito abbia buon fondamento civile a rimandarla, ed essa però sia pura di colpa; e un tal rimando in un coniugio, che non sia degli antichi e colla lor condizione, ma offra una condizione nuova. Ed ecco, il conflitto del vecchio concetto e istituto col nuovo sentimento e indirizzo inevitabilmente si presenta e abbisogna di una soluzione, di un provvedimento adeguato. Insomma tutto tutto, secondo me, concorre e cospira fortemente a farci tenere per fermo, che le antiche testimonianze dicono il vero, quando ne narrano sì le *cautiones* e sì l' *actio* esser state suscitate dal caso e nel caso di scioglimento fra vivi. Ed a me pare, che moltissimo vi sia per pensare, che quello scioglimento fosse un *divortium* nel più stretto senso della parola, cioè di un *matrimonium tantum*.

27. Determinata così, dapprima la natura stessa de' matrimoni *sine manu* in ordine alla loro dissolubilità fra vivi; di poi l'essenza e portata della loro dissoluzione, ossia del divorzio, anche sotto il rapporto patrimoniale; ed in ispecie, come ben possano le *cautiones* ed *actiones rei uxoriae* avervi corrisposto ed essersi in loro introdotte, giusta l'espressa tradizione intorno ad esse; cade qui che del divorzio non si ometta di considerare il lato che potrebbe dirsi, più che altro, esterno. Non può, infatti, restar fuori di considerazione il modo, o la procedura e la forma, con che i divorzi romani, e i più antichi sopra tutto, ebbero a farsi; fin da allora, cioè, che coll'esistenza e col diffondersi dei matrimoni *sine manu* anche le loro dissoluzioni son da supporre, siccome già dissi, quasi di pari con essi. Con questo, altresì, venendosi più particolarmente (e non ostante la ingenita dissolubilità di tali coniugii) a vedere e quasi spiare se, per avventura, delle cause ragionevoli o non, donde tal divorzio a sua volta potesse essere motivato e su cui fondato, ci spunti forse dinanzi qualche distinzione e più speciale importanza.

Se Gaio ci attesta, che « in repudiis id est renuntiatione comprobata sunt haec verba: *tuas res tibi habeto*, item haec: *tuas res tibi agito* »[1], senza dubbio non riferendosi che a matrimoni *sine manu*, cui dunque quelle parole allora eran proprie; se, risalendo, Cicerone ne dice generalmente in un luogo, « certis

[1] *Lib. 11 ad Ed. prov.* (fr. 2, § 1, *D.* 24, 2).

quibusdam verbis .. fieri .. divortium .. »[1], ed altrove vedremo, che accenna pur pel suo tempo a quella stessa formula[2]; se infine tali parole, o quasi, ci si mostrano, risalendo ancora, esser state le stesse già nel momento rispecchiato dalle commedie di Plauto: nondimeno, noi non sappiamo su questo punto pressochè nulla di preciso. Possiamo sol dire, che se, come n'è testimoniato espressamente e già toccai, Augusto per primo « divortiis modum imposuit »[3], fissandone una forma legale necessaria, e cioè per certo imponendola proprio ai divorzi o scioglimenti de' matrimoni *sine manu*, e proprio trasportandovi ed accomodandovi la forma dei ripudi per remancipazione; prima, dunque, una data forma e formula non ne doveva essere legalmente fissata e necessaria; benchè per fermo una ve n'avesse portatavi dall'uso, e già nel fatto divenuta di per sè comune. Con che però possiamo, per analogia e deduzione, già qualcosa argomentare dell'inizio e intravederlo.

Dopo ciò, infatti, e per un complesso di maggiori ragioni concorrenti, chi potrebbe pensare, che gli scioglimenti de' matrimoni *sine manu* nascessero con una forma prestabilita, e neppure con una formula determinata dal diritto positivo e necessaria? Essi, che dovettero nascere e durar certo tempo, così come i matrimoni stessi di cui erano gli scioglimenti, quali meri fatti, o nel mero ordine di fatto? Che nelle XII Ta-

[1] *De Or.* I, 40.

[2] Nel passo che stiamo per esaminare.

[3] SVET., *Aug.* 34.

vole essi scioglimenti fossero contemplati, e appunto disciplinati per la forma, il secondo passo di Cicerone or citato parve e pare a molti includerlo; ma con tanta incertezza, e derivante questa da tante ragioni, da restare, parmi, assai dubbio perfino se veramente lo includa e, ad ogni modo, con quale portata: è invero troppo noto a quante discussioni diede luogo. Cicerone esclama nel detto luogo: « ..... etsi iam negat: nolite quaerere. Frugi factus est. Illam suam suas res sibi habere iussit ex duodecim tabulis claves ademit exegit. Quam porro spectatus vir! Quam probatus! cuius ex omni vita nihil est honestius, quam quod cum mima fecit divortium ».[1] Or, specialmente il tono tutto ironico del discorso e la dubbia punteggiatura, s'altro pur non vi fosse, rendono incertissima la riferenza stessa e il valore di queste parole, e delle memorie e notizie, che vi son pur incluse ed offerte. Quel « suam » (sia che l'« illam » si conservi, sia che volesse mutarsi in « mimam » arbitrariamente) è forse qui (come pur vuole il Voigt[2] con pensiero assai acuto, ma se già non le si voglia così far dir troppo) nel senso giuridico tecnico, e sta a designare persona in potestà, o in somma una *uxor in manum conventa*? O, invece, il trattarsi di *mima* si oppone a pensarvi matrimonio *cum manu*, e, meglio, a farvelo figurare dall'oratore? O, di nuovo, sta anzi qui appunto, nel figurare con una mima nozze *cum manu*, la maggiore ironia? Può dare alcun indizio

[1] *Phil.* II, 28.

[2] XII *Tafeln*, II, § 161; I, pag. 712, note.

a matrimonio *sine manu* la parola « divortium », e la frase « cum mima ..... divortium », e il non alludersi punto a *consilium domesticum*? O non sarebbe, a ogni modo, a cercare tanta esattezza e conseguenza nell'ironia? O (e non dovendosi per ciò riandare alle XII Tavole) non era forse già invalsa a' tempi di Cicerone anche ne' matrimoni *cum manu* la condizione de' matrimoni *sine manu* per lo scioglimento? La frase « suas res sibi habere iussit », o meglio le formule d'uso « tuas res tibi habeto, tuas res tibi agito », implicano ed esprimono forse già per sè sole una distinzione di patrimoni, una personalità e condizione giuridica distinta nella donna, e famigliarmente distinta, da quella del marito, sì da non esser l'« exigere » l'« abire » il « betere foras » se non che di fatto, o in somma importano forse ed esprimono di per sè matrimonio *sine manu*, colto nel momento della dissoluzione? O, invece, son conciliabili anche con matrimonio *cum manu*, sono meramente il contrapposto delle formule con che il matrimonio s'iniziava e costituiva, in ispecie della formula « ubi tu Gaius ego Gaia » o simili, e come questa andava compagna con le forme della *confarreatio* e della *coemptio*, così quelle andavan compagne alla *diffarreatio* e alla *remancipatio*? E qual meraviglia che, come certi atti e riti accompagnavan la *confarreatio* e la *coemptio*, e in ispecie, oltre certa *nuncupatio*, era rilevante la consegna delle chiavi; come nella continuità della vita coniugale le chiavi avean riferenza particolare alla donna, con tal impor-

tanza, che un trascorso di lei, se non nella custodia, per l'abuso su talune di esse era una delle massime cause di ripudio; così anche, analogamente, certi atti o riti accompagnassero la *diffarreatio* o la *remancipatio*, e fra essi, con certe parole, la privazione, la restituzione o remissione delle chiavi; o insomma questa fosse già formalità usata ne' matrimoni *cum manu?* E almeno forse ne' non confarreati? Ma e, di rincontro, perchè tale formalità non sarebbe pur passata tosto nei matrimoni *sine manu*, siccome cerimonia non legata alla *manus*, e nei quali appunto poi si ritrova? E, dopo ciò, congiungeremo e riferiremo dunque l'« ex duodecim tabularum » alle parole precedenti, cioè al « suas res sibi habere iussit »; o invece alle susseguenti, cioè al « claves ademit » e con esse fors' anco all' « exegit »; o forse, riattaccandolo per punteggiatura alle une, non vorremo con ciò escludere di riferirlo anche alle altre? E, pertanto, dovremo attribuire alle XII Tavole o solo la prima formola « sua res ..... », o solo il secondo atto « claves ademit ..... », o quella e questo insieme? e insieme l'« exegit »? Ciò, poi, senza dubitare punto che le parole di Cicerone non siano uno specchio fedele della disposizione decemvirale, e che per contrario ritraggano forse dalla vita viva del tempo di Cicerone, un fatto della quale egli voleva raffigurare. E fors' anco, come fu pure proposto, l'« ex duodecim tabularum » non dee far pensare che si abbia in Cicerone ritratta una disposizione originaria, almeno nella sostanza, delle XII Tavole; bensì soltanto

si tratti di un qualche svolgimento, di una qualche interpretazione dalle XII Tavole? E, guardando alla sostanza della cosa, è supponibile, o è verosimile e abbastanza fondato, il ritenere che nelle XII Tavole già fosse una disposizione relativa ai divorzi, agli scioglimenti de' matrimoni liberi? O che invece avesse qualche ragione una disposizione relativa, non alle forme dissolventi la *manus* e con essa il matrimonio *cum manu*, ma sì a formule ed atti non aventi tal valore giuridico e pur usati ne' matrimoni *cum manu* al loro scioglimento? Tutto ciò, sempre preso il testo di Cicerone quale ci è trasmesso: chè poi chi ne assicura dal sospetto di qualche sua corruzione o difetto? [1]

In conclusione, il testo ciceroniano a me pare da solo insufficientissimo ad attestarci in qualche maniera precisa una disposizione, così vagamente accennata, delle XII Tavole sugli scioglimenti volontari de' coniugii, sian poi quelli *cum manu*, o *sine manu*. Mentre, altre fonti e memorie non soccorrono, ch' io sappia e vegga, abbastanza, non che a rischiarare, ma nè a dar qualche lume in proposito. E così gl' indizi ed argomenti d' indole generale, o d' un ordine storico bensì più largo ed intimo ma insieme più astratto e indeterminato, si rimangono si può dir soli su tal punto, chi se ne voglia fare pur a ogni modo un' opinione e un concetto.

[1] Si cfr. in ispecie DIRKSEN, *Uebersicht* etc. *zur Zwölf-Tafeln-Fragmenten*, Leipzig, 1824, pag. 296 e seg.; HASSE, *Güterr.* pag. 136; BERNER *de divort.*, pag. 35; REIN, *Privatr.*, pag. 449, n. 1; VOIGT, *ll. cc.*; MARQUARDT, *Privatleben*, pag. 68; etc.

Quanto a me, io inclinerei quasi a credere, ma per mia mera impressione e senza specificare punto, che Cicerone per colmo d'ironia, pensando nel caso ad un matrimonio *sine manu* e che non potesse esser che tale e al suo divorzio, volesse poi, con flagrante contraddizione ne' termini stessi, aggiungere perfino, che anzi quel divorzio fosse fatto nei modi civili de' veri matrimoni *cum manu*, contemplati dunque dalle XII Tavole.

Ma, tornando piuttosto alla sostanza delle cose e allo sviluppo storico complessivo, anch'esso però a noi così pieno di dubbiosità e di lacune; si crederà forse che io inclini, ed attragga l'altrui veduta, piuttosto ad escludere, che ad ammettere, che le XII Tavole avessero già una disposizione relativa agli scioglimenti de' matrimoni liberi, ai divorzi. Si crederà, dico, oltrechè forse per l'insieme del mio discorso sugli scioglimenti degli antichi matrimoni romani, più poi per la questione del primo divorzio, che mi sono proposta, e la risoluzione che n'ho già preaccennata. Eppure io non voglio dir tanto. Confessando volentieri l'ignoranza nostra su ciò, io lascio anzi in disparte questa ipotesi (che sarebbe a me più comoda e non darebbe verun impaccio alla mia dimostrazione): che cioè la disposizione delle XII Tavole, o l'« ex duodecim tabulis », si riferisse ai soli scioglimenti de' matrimoni *cum manu*, ai loro ripudi. E supporrò dunque senz'altro, ch'essa già si riferisse invece ai soli matrimoni *sine manu*. Vorrebbe dire, che già le XII Tavole dovessero trovarsi dinanzi, plasmati così come esposi, i matrimoni

sine manu tanto, da contemplarli espressamente, e fin da contemplarne lo scioglimento volontario e il modo di esso. Poniamo, fosse in ciò una parte, e per certo gravissima e vitale, di quel « se ... omnibus, summis infimisque, iura aequasse ... », che i decemviri proclamavano; e forse appunto per ciò fosse poi necessaria nelle due tavole aggiunte la disposizione « connubia.. ut ne plebi cum patribus essent »[1]; ma ed appunto per influsso di ciò stesso la legge Canuleia potesse poi tosto cancellare quest' ultimo divieto, sancire l' espressa disposizione contraria: la quale certo è che suppone assai più di quello, che per avventura si soglia pensare. Ciò tutto, ben lungi dal contrastare a quanto fin dapprima dissi dello svolgimento de' matrimoni in Roma e del costituirvisi in ispecie quelli *sine manu*, nè a quanto ebbi sopra a raffermarne ed ampliarne; tornerebbe anzi a recarvi ulteriore corrispondenza e conforto (su cui però si vede che non fo io assegnamento, se non come su ipotesi): e potrebbe stare, come vedesi, anche astraendo dal passo ciceroniano. Corrispondenza e conforto, su cui s' io per me non fo assegnamento, però non volevo tacere, tornandosi con essi al fatto o substrato storico più profondo e generale; ma e a cui non avrei potuto richiamare, nè alludere, se non dopo tutto questo discorso speciale sui più antichi scioglimenti fra vivi de' matrimoni romani; e che, per altro, quanto più indipendenti, potrebber parere tanto più significanti. Niuna meraviglia, del resto, che per gl' isti-

[1] Liv., III, 34; Cic., *de re pub.* II, 36, 37.

tuti storici antichi possa accadere insomma come per un antico edifizio, del quale si diseppelliscano man mano frammenti qua e là dispersi, su questi venendo man mano da discutere e riconoscere se vi appartengano e come, onde riunirli poi a ricostruire quanto possibile il tutto.

Voglio solo per di più dichiarare, come a me in quel « tuas res tibi habeto » o « agito », in quell' « exigere », paresse sempre e paia di sentire ritratto piuttosto una condizione giuridica (cioè per *familia* civile) divisa, e piuttosto uno spostamento di fatto; di quello che una unità di *familia* ed uno spostamento giuridico relativo. Tanto è vero, che nè vi è l'impronta e il ricordo in tali formule di alcuna loro solennità o fissità solenne, proprio come per la formola « uxorem habere liberum quaerundum gratia »; e che sembra potessero poi adoperarsi o applicarsi viceversa, cioè dalla donna divorziantesi contro il marito; che se non alla stessa intitolazione di *res uxoria*, piuttosto alla *pecunia receptícia*[1] o simili potrebbero avere più precisa riferenza. E così ripiglio, che tutto l'insieme del passo di Cicerone, per tutti i suoi elementi, sempre mi parve e pare ritrarre piuttosto lo scioglimento di un matrimonio libero (salvo forse qualche a noi chiusa derivazione, per avventura, od applicazione particolare qui forse ironica dai matrimoni *cum manu* e da legge delle XII Tavole su di essi, preferibilmente pel « claves ademit »); e però, allora a ogni modo coll'ironia in Cicerone di dir che si sciogliesse contuttociò giusta le XII Tavole;

[1] GELL., XVII, 6, 2.

senza che possa troppo trattenermi il troppo dubbio senso tecnico di quell'unico « suam », che potrebbe stare direttamente contro.

Ma, tutto ciò ammesso, si badi sempre e si tenga ben fermo, quali fossero giuridicamente l'essenza propria ed il vero valore dell'antico matrimonio romano; come cioè stessero giuridicamente tutta e tutto nella paternità, o nel riconoscere all'uomo la figliolanza quale sua: e nulla, invece, giuridicamente nel rapporto coniugale, nel vincolo dell'uomo colla donna che veniva a procreargli quei figliuoli, ad essergli madre. E però se ne valuti che, se sott'ogni rapporto il matrimonio libero si vede essersi conformato al tutto sul concetto e l'essere del matrimonio *cum manu*, nulla più naturale che così fosse anche pel suo scioglimento fra vivi. E intendo cioè, ripigliando un altro accenno già fatto, che sia troppo naturale il pensare che pur il suo scioglimento per volontà sia stato dapprima propriamente, o sopra tutto, per disposizione del marito, così come nel caso del marito *cum manu*, e forse ancora sentiti gli amici e parenti; del marito, che tolte le chiavi alla moglie, dicendole le parole « tuas res tibi habeto » o « agito », « baete foras », « i foras mulier », « exi » o simili, la discacciasse. Anche per le cause, più e men gravi, più e men ragionevoli, e per le conseguenze patrimoniali (sull'apporto nuziale, la dote, o meglio la *res uxoria*) in corrispondenza alle cause, conformandosi il nuovo scioglimento all'antico. Almeno, così dev'esserne cominciata la sua disciplina nella consuetudine

civile, già trapassandone dal fatto a costituzione di diritto sia pur consuetudinario. Ma in questo secondo matrimonio, per la sua natura, poteva anche la donna (o si guardi al *paterfamilias* di lei) a sua volta abbandonare, od esser costretta ad abbandonare, il marito, « abire » rimettendogli le chiavi, o esserne richiamata e ricondotta; siccom'è accennato (poniamo) nel caso di Fabio Massimo. E anche questa possibilità, più difficile a configurarsi entro una costituzione patriarcale e per essa invero strana e nuova (non dico che fosse nuova nè recente nel fatto, chè anzi nel remoto sistema matriarcale dovea essa tenere il campo); anche questa possibilità e facoltà dovè pure nel nuovo ordine di cose disciplinarsi: forse ammettendosi di per sè, dietro quegli stessi tradizionali concetti, che se fosse per grave colpa del marito, o men grave, o nessuna, rispettivamente avessero luogo all'inversa le conseguenze di perdita, o non, della *res uxoria* da parte di lui; e cioè appunto all'inversa del ripudio maritale sulla donna.

Il costituirsi delle unioni libere (si è ridetto) al modo e alla pari de' coniugii *cum manu*, o veramente a matrimoni patriarcali, dovè seguire per gradi sì nella vita reale e più nel ricevere assetto e trattamento giuridico: dalla prima ricognizione, comunque avvenuta, in una fonte di diritto positivo, all'accomunamento per la legge Canuleia, all'ara eretta per la *Pudicitia plebeia* a mezzo il secolo quinto. E di tali gradi, quest'ultimo forse ci segna e significa appunto compiuto quell'assetto, raggiunta quella parità, proprio al tempo della

parificazione generale degli ordini de' cittadini di Roma. Or, insomma, tanto pure occorreva, con ugual corso di cose, perchè gli scioglimenti di tali unioni si assettassero e si apprendessero e trattassero giuridicamente, ricevessero disciplina e quindi figura giuridica positiva propria e tecnicamente distinta, rilevandosene poi e configurandosene anche le note singolari, le caratteristiche, l'indole a sè e nuova, che si avessero. Noi arriviamo così per l'appunto alla fine del secolo quinto od ai principii del sesto.

28. E si seguiti omai prendendo in osservazione particolare i pochissimi casi, che ci sono serbati e additati dalla tradizione come anteriori, ovvero che possono pensarsi anteriori, al caso di Carvilio. Pei quali è notevole, innanzi tutto ed in generale, questo: che tutti sono di mariti, che rimandarono le loro mogli; nessuno, viceversa, di moglie, che si separi dal marito suo. Sicchè, per incontrare nelle memorie di Roma esempi di divorzi fatti da parte della donna, bisogna scendere fino a Plauto: ed anche cioè per divorzi fatti dal padre della moglie, il quale a sè richiami la figlia. Restando a vedersi, e io credo resterà ognora molto dubbio (gia del caso di Fabio Massimo discorsi), se del pari innanzi a Plauto si abbia a riconoscere, che si trovi ricordato altro caso di vero divorzio.

Carlo Wächter, dopo aver detto come « la storia ci mostri al tutto chiaramente che *Ehescheidungen* intervennero anche prima »[1], cioè prima del caso di

[1] *O. c.* pag. 82 e seg.

Carvilio; si volge poi a raccogliere tali casi di dissoluzioni volontarie di coniugii, diciamo così, precarviliane. E richiama l'attenzione (fra altri fatti, che anch'io qui ricorderò) pur sopra questa memoria, ch'è in Dionigi al principiare del suo libro sesto; e la quale è per certo, ad ogni modo, importante.

Nel periodo della lotta, che Roma dovè sostenere con i Tarquinii scacciati ed i nemici da costoro suscitatile contro; subito innanzi alla battaglia del lago Regillo, e proprio quando la tregua coi Latini dava qualche quiete esterna, e l'esazione dei debiti sospesa da senatoconsulto onde assicurare la guerra imminente sedava gl'interni moti; « un senatoconsulto (si legge in Dionigi) venne sancito molto conveniente: se ad uomini latini donne romane si trovassero congiunte in coniugio o a romani latine esser desse padrone di sè medesime, sia di rimanere volendo presso i mariti, sia di ritornare alle lor patrie; dei nati però, i maschi dover rimanere presso i padri, le femmine invece e ancora innutte poter seguire la madre. Chè si trovavano (segue osservando, o riportando altra memoria pur incontrata nelle sue ricerche, Dionigi) moltissime donne date in matrimonio a vicenda fra le città dei due popoli sì per la cognazione e sì per l'amicizia ». E segue altresì Dionigi riferendo, che le donne mostrarono quanto desiderio di Roma le stringesse; dacchè delle romane, ch'eran nelle città latine, quasi tutte lasciati i mariti tornarono in patria, e delle latine mogli a romani tutte, tranne due, negletta la patria rimasero presso i mariti: « il

che fu augurio felicissimo della vittoria che il popolo romano era per avere ».[1]

Dove, pertanto, sembra innanzi tutto da intendere o da supporre, che un' uguale deliberazione pubblica fosse fatta reciprocamente dai Latini, onde le donne romane presso loro collocate in matrimonio, ne avessero quella facoltà, di cui appunto quasi tutte si valsero, E al qual passo di Dionigi (voglio pur subito soggiungervi) ben è da riaccostare, con grande corrispondenza e significato, un altro precedente. Dove, dopo narrato le guerre che pel ratto delle vergini ai Sabini ed agli altri popoli vicini i Romani incontrarono e condussero, e come sopratutto co' Sabini il duello fosse stato strenuo e supremo sì che l' una e l' altra parte si sentisse del pari prostrata, nè Roma tuttavia pensasse a cedere; narra, che le rapite stesse, duce Ersilia, vollero farsi esortatrici di conciliazione. Ed ottennero dal senato di poter esse recarsi a piegare i lor congiunti Sabini; ma « tale senatoconsulto di ciò facendosi: che quante erano della gente de' Sabini che avevan figli, a queste fosse licenza di andare ai lor gentili lasciandosi da esse presso ai mariti i figliuoli; quante però erano madri di più figliuoli seco ne conducessero quanta parte volessero, e dessero opera d' indurre ad amicizia i due popoli ».[2] Concedeva cioè il senato una tale uscita delle donne; ma, appare dalla limitazione del trattenersene de' figli,

[1] VI, 1.
[2] II, 45.

quasi questa ponendosi ad arra e sicurtà del ritorno; o, pel caso che mai il ritorno comunque mancasse, così precautelandosi. E ciò, si noti, quanto alle sabine e alle altre rapite (e noi dobbiam pensare appunto lo stesso, anzi a forziori, quanto di poi alle latine dell'altro passo di Dionigi), ancorchè fossero date in mogli ai giovani romani celibi, all'uopo eletti, con forme solenni e già ferme: « ai quali (cioè ai giovani romani, dice poco innanzi Dionigi stesso) le diede in coniugio (cioè Romolo) secondo i patrii costumi di ognuna celebrando le nozze colla comunione del fuoco e dell'acqua, siccome ancora a' nostri giorni si fanno ». [1] Nè avea mancato (il che però potremo porre in conto di Dionigi che ivi lo narra) Romolo di persuadere alle donne « non per cagione di offesa ma di connubio esser state rapite »; e nè di dimostrar loro, come tal costume fosse antico, anzi propriamente greco, ed il più illustre.

Or, altri potrà riguardare codeste memorie e notizie come leggendarie o troppo incerte e non attendibili; io, senza poter entrare in troppo lunga e particolare disquisizione intorno ad esse, dico invece che parmi esse si abbiano tal senso e colore storico, tal indole e tali rispondenze, da non potersene mettere in dubbio, se così si può esprimere, la storicità. Certo esse paiono quasi strascico e avanzo o quasi l'eco di un periodo, che dall'età in mezzo a cui sorge e sta la prima Roma, od almeno da Roma medesima, sembra essersi già sorpassato o proprio sul punto di sorpassarsi.

[1] II, 30.

Ma e non è questo tutto il carattere prevalente della prima vita di Roma, di balzar fuori come ad inaugurare un' èra nuova e coi germi già maturi dell'avvenire, pur conservando certi tratti capitali dal passato donde esce, ed in tali tratti offrendoci ancora quasi compendiata e parlante di quel passato stesso la evoluzione civile? Quanto al nostro tema degli scioglimenti dei coniugii, quelle memorie e notizie, atteso il periodo antico di Roma al quale si rapportano, tosto apparirebbero tanto più importanti per questo: che non ci presenterebbero ripudi maritali, bensì concessioni di scioglimenti rimessi alla volontà stessa e alla determinazione delle mogli o delle loro famiglie.

Senonchè, invero, si può bene (e, a mio credere, si deve) vedere innanzi tutto in quei fatti una notevolissima manifestazione delle leggi della così detta esogamia, cioè de' matrimoni fra tribù e genti, o già anzi fra città e popoli diversi, ma legati fra loro per sangue o amicizia, e proprio in tal caso (per dirla con Dionigi) « καὶ διὰ τὸ συγγενὲς καὶ διὰ φιλίαν »; precisamente, una particolare determinazione di quelle leggi di fronte a un duello, e condotto alla prova suprema, fra quei due popoli. E può ben trarsene una più esatta e penetrante apprensione de' primi matrimoni de' romani e delle stirpi cognate; ancorchè quei matrimoni, cui le predette memorie e notizie si riferiscono, si abbiano, a mio vedere, per un complesso di ragioni a ritenere *cum manu* (basti dire, che per matrimoni *sine manu* non sarebbe stato bisogno di tanto); o vi si abbia a scorgere la rappre-

sentazione di uno dei gradi, per cui si pervenne alla più perfetta e stabile e ordinata forma de' matrimoni *cum manu*, cioè con più perfetto appropriamento della donna. Sopra tutto, ottimamente può riconfermarsene, come tutta la sostanza e l'importanza (già però può dirsi giuridica e civile) degli originari matrimoni romani non istesse nel vincolo coniugale; bensì nella paternità o meglio nella figliazione e nell'appartenenza dei figli al padre: siccome le determinazioni di quei senatoconsulti circa i figli, ma proprio i figli maschi, rivelano. Determinazioni però, o regolamenti, o quasi composizioni, che (esse massimamente) ci fanno appunto risalire al trapasso, all'evoluzione, dal sistema matriarcale, e ne son strascico ed eco. E si può, infine, rilevare opportunamente, come ad ogni modo pur da quelle notizie ben risulti non essere a quei matrimoni, al loro stesso essere e concetto, estranea la possibilità di una dissoluzione anche da volontà: o sia poi indiretta o diretta, o pubblica o privata tal volontà, chè ciò resta a vedersi; e salvo pure a valutare e ritrarre veramente la figura giuridica di questo particolare atto dissolutivo.

Ma, da tutto ciò, che è pur importantissimo pel presente tema e si ricongiunge cotanto a tante cose già dette o accennate, onde non ho creduto vano il soffermarvimi un poco; da tutto ciò, a concludere che vi si tratti di ripudi o di divorzi, ci corre. Intanto non vi ha dubbio, che il motivo e le circostanze di tali dissolubilità ed, in caso, di tali scioglimenti esorbitano dalla sfera, che è tutta famigliare e interna o privata mas-

sime pei primi secoli di Roma, de' ripudi e, se vuolsi, altresì dei divorzi; e sono, pertanto, motivo e circostanze ben diversi o informati a ben diverso concetto e costume, dai motivi e dalle circostanze dei ripudi e (ripeto), se vuolsi, dei divorzi. Occorre infatti un atto pubblico, il senatoconsulto, determinante o meglio concedente quella dissolubilità in quel dato momento per quei matrimoni: a cui poi la dissoluzione può seguire. E la dissoluzione non viene, ben è vero, operata senz'altro dal senatoconsulto; bensì poi dalla volontà, e proprio dalla volontà della donna: ma non siamo ancora di necessità ad un caso di divorzio, chè un'altra spiegazione o raffigurazione giuridica (che può parer più probabile e appropriata) rimane. Può intendersi che, nell'imminenza della prova suprema col popolo donde quelle mogli si ebbero, ad esse stesse voglia ridonarsi la scelta e l'arbitrio (avanzo, ripeto, di più vecchia costumanza) di appartenere all'un popolo o all'altro, d'essere cittadine o nemiche, o dell'una città patria e natia o dell'altra maritale e nuova. Che se preferissero tornare ai lor padri, e però essere ai loro mariti e (consideriamo ora) a Roma nemiche, accadeva di per sè che da tale atto di loro volontà, sì per cessare in loro la cittadinanza o insomma per media diminuzione di capo, e sì per lo stato di guerra, cessasse, siccome in generale, così in esse il *ius connubii* o la capacità a coniugio romano; e così il coniugio, in che si trovavano, *ipso iure* (benchè per sequela giuridica determinata da volontà) cessasse. Ossia ces-

sasse, dunque, e si disciogliesse il coniugio, non per volontà diretta della donna, giuridicamente, o non per apposito atto a ciò diretto; allora veramente e soltanto si avrebbe un vero divorzio: bensì per volonta diretta a optare su la qualità di straniera o nemica, dalla qual opzione e qualità *ipso iure* derivava contemporaneamente la cessazione o dissoluzione del coniugio. In somma, disciogliendosi in quei casi quei coniugii per una diminuzione di capo (io inclino assai a ritenerlo), per la perdita della capacità di connubio nella donna, da essa stessa voluta, una volta concessole di poterla volere. Scioglimento codesto per *capitis deminutio*, ben distinto e diverso dal ripudio e divorzio; sopra tutto, operantesi appunto *ipso iure;* e non per atto giuridico apposito e diretto ad esso scioglimento da persona investita, e che rimanga investita, del *ius connubii* romano.

Tutto ciò sì pel caso delle sabine e dell'altre rapite a' tempi romulei, e sì per le latine di poi. Che se si preferisse, all'incontro, di trarre quei fatti veramente a figure di divorzi, dovrebbe tuttavia ammettersene la assoluta singolarità; cioè, non solo la dipendenza da certi concetti e rapporti, dirò così, esogamici particolari; ma, di più, la necessità che una pubblica determinazione del senato vi aprisse l'adito, ne desse facoltà; e, ancora, per quelle sole date contingenze, per quei dati coniugii contemplativi, e una volta tanto. Il che già basterebbe a specializzare così assolutamente tali divorzi, fino a riconfermarsene per argomento a contrario, che, fuor d'essi e cioè di una pubblica au-

torizzazione, in generale non si avessero le donne quella facoltà. Questo, sempre intendendo parlare di matrimoni *cum manu*. Chè poi per matrimoni *sine manu* nulla di tutto ciò par certo che sarebbe occorso allora di fare, nè qui di dire; mentre un vero divorzio vi sarebbe stato troppo ovvio.

Analoghi dunque sarebbero codesti due casi, nel più antico dei quali, del resto, nessuna dissoluzione effettivamente accadde, e nel meno antico, delle latine e romane del 258 di Roma, poche dissoluzioni in fatto accaddero; analoghi, dico, sarebbero per la figura giuridica, benchè non anche per le contingenze che vi condussero, all'altro caso di poco posteriore verso il meno antico di essi, al caso di G. Marcio Coriolano; pel quale riferisco senz'altro le parole del Wächter. « Il Montesquieu [1] cita l'esempio di Coriolano, che nella sua partenza per l'esilio avrebbe pòrta alla moglie la esortazione di maritarsi a un più felice di lui. Ma con ragione lo Hugo [2] gli contrappone, come il matrimonio di Coriolano colla *media capitis deminutio*, quindi per la perdita del *connubium*, fosse stato disciolto ». [3] Alla qual figura giuridica medesima, di scioglimento *ipso iure* del coniugio, io inclino grandemente a credere, come già dissi, abbia a ricondursi pur il fatto, alquanto posteriore, di Q. Fabio Massimo verso il genero A. Atilio Calatino « proditione reum ».

[1] « *De l'esprit des lois*, XVI, 16. »
[2] « *Rechtsgeschichte*, § 71, nota 9 ».
[3] *L. c.*

Certo, poi, è da ricondursi a questa medesima figura, ed anzi con più forte ragione per trattarsi di una diminuzione di capo da cattività di guerra e quindi massima, anche la divina fermezza di M. Attilio Regolo. Del quale (com'è troppo noto) « fertur pudicae coniugis osculum Parvosque natos ut capitis minor Ab se removisse... »[1]; appunto come di lui stesso si narra che, bensì « in senatum venit, mandata exposuit », ma « sententiam ne diceret recusavit », chè « quamdiu iureiurando hostium teneretur, non esse se senatorem »[2]: talchè veramente « egregius properaret exul ».[3] E forse che altri analoghi esempi pur di quel primo periodo si potrebber citare. Siamo intanto venuti con quest'ultimo già al principio del sesto secolo di Roma. Ma senza, dunque, aver ancora citato casi di ripudi o divorzi in quei primi cinque secoli, siccome pertanto ne resta a fare.

Or non mi consta che altri casi precisi di scioglimenti di coniugii, per atto volontario e giuridico a ciò direttamente posto, si ricordino e si possano citare relativamente ai primi cinque secoli di Roma, oltre quelli rammentati da Valerio Massimo e da Plutarco, e così poi dai moderni. In Valerio, dapprima, è quello risaputo di L. Annio, che i censori « senatu moverunt, quod quam virginem in matrimonium duxerat repudiasset, nullo amicorum consilio adhibito »; con che, dice

[1] Horat., *Carm.*, III, 5.
[2] Cic., *De off.* III, 27.
[3] Horat., *l. c.*

Valerio, da lui « coniugalia sacra..... iniuriose tractata sunt ».[1] Poi in Valerio stesso l'« horridum Gai quoque Sulpicii Galli maritale supercilium: nam uxorem dimisit, quod eam capite aperto foris versatam cognoverat, abscisa sententia sed tamen aliqua ratione mota..... ». Al che seguita Valerio, che « nec aliter sensit Q. Antistius Vetus repudiando uxorem, quod illam in publico cum quadam libertina vulgari secreto loquentem viderat..... »: e infine, che « iungendus est his P. Sempronius Sophus, qui coniugem repudii nota adfecit, nihil aliud quam se ignorante ludos ausam spectare. Ergo (ben conclude Valerio) dum sic olim feminis occurritur, mens earum a delictis aberat »[2]; chè infatti si antiveniva con ciò perfino a' primissimi avviamenti, a pur lontane abitudini ed occasioni, a' leggeri sospetti, verso veri trascorsi e gravi mancanze. Così Valerio: il quale, prima di tutti tali racconti, avea recato quel che qui dapprincipio si vide: « repudium inter uxorem et virum a condita urbe usque ad centesimum et quinquagesimum annum nullum intercessit: primus autem Sp. Carvilius.... ».[3] E Plutarco, come pure si vide nell'ultimo passo di lui citato in principio di questo lavoro, ricorda del pari, e anch' egli dopo detto del caso di Carvilio (ch'ei pone, ne sovverrà, al 230 di Roma), questi due, fra i notati da Valerio: cioè quello di Sul-

[1] II, 9, § 2.
[2] VI, 3. § 10-12.
[3] II, 1 § 4; cfr. sopra a pag. 8.

pizio Gallo e quello di Publio Sempronio, allegandone (forse dietro a Valerio?) le medesime cagioni.

Nei quali casi però assai resta d'incerto. Non ben certa, innanzi tutto, la data stessa di ognuno. Chè, se il caso di L. Annio si può tenere, e si tiene, avvenuto nel 447 di Roma[1]; quello di Gaio Sulpicio Gallo può attribuirsi, ma sembra senza prevalente fondamento per l'una o per l'altra delle congetture, sì ad una e sì ad altra delle persone che ne appaiono con tal nome[2]; cadendone, quindi, o prima o dopo il divorzio carviliano. Quello poi di P. Sempronio Sofo può attribuirsi o al console del 450 o a quello del 486[3]: e di quello di Antistio Veto nulla, di anche così relativamente approssimativo, sembra potersi accennare. Ma ancor più oscuro per ciascuno si è, se si abbiano a riferire a coniugii *cum manu* od invece *sine manu;* tanto, che io non veggo niun decisivo appiglio, onde si potesse accertar nulla in proposito; se già la prevalenza dei primi matrimoni non paia dovere senz'altro far pensare ad essi;

[1] Cfr. PAULY, *Real-Encycl.*, sotto il nome *Sp. Carvilius Max. Ruga*; e VOIGT e MARQUARDT, fra altri, ai luoghi ricitati.

[2] PAULY, *Real-Encyclop.*, sotto tal nome.

[3] Cfr. VOIGT, *XII Tafeln*, II, § 161, pag. 711, nota 4. Però il MOMMSEN, *Röm. Gesch.*, 6 Aufl., Berlin, 1874, III, 13, scriveva senz'altro: « il console dell'anno 486 (268) Publio Sempronio Sofo mandò alla sua donna il libello di ripudio perch'essa avea assistito a uno spettacolo funebre »: ed è là dove il Mommsen parla de' giuochi orribili e immorali introdotti in Roma nel V secolo; e dopo detto che nel 490 fu in Roma per la prima volta versato sangue umano per ispasso; citando l'atto di Sempronio in prova che tali nuovi depravanti divertimenti avean severa riprensione da chi serbava saldo e incorrotto il senno avito e natìo. Ma ecco, adunque, come le nuove condizioni sociali nuove cause giuste di ripudi portassero seco.

e pel caso di L. Annio, in Valerio, non dovesse farlo pensare altresì il modo come vi son ricordati e il non sentito *consilium* domestico e più i *coniugalia sacra.* Certo, tutto quanto venni dicendo, vale a toglier via ogni difficoltà onde poter riferir tali casi ai vecchi matrimoni *cum manu;* ma e d'altro lato non si oppone a riferirli già ai *sine manu.* Certo, di più, che a quest'ultima ricerca tolgono importanza sott'ogni rapporto sì quanto appunto discorsi, sì la circostanza d'esser tutti scioglimenti unilaterali e fatti dal marito, cioè la lor figura di ripudi maritali; sia poi che niun'altra ve ne fosse possibile, per trattarsi di matrimoni *cum manu;* sia che altra vi fosse possibile, per trattarsi invece di matrimoni *sine manu,* ma i quali qui si mostrerebbero di nuovo per tutto informati (secondo già si disse), e nella stessa dissolubilità e dissoluzione, a quelli *cum manu,* almeno pel loro più antico periodo. E fossero pur anco, tutti o taluno, posteriori al caso di Carvilio; vi si avrebbe un'attestazione del perdurare, del resto troppo naturale e certo, di quella figura e condizione anche di poi.

29. Ma ritorniamo finalmente di proposito al caso di Spurio Carvilio Ruga.

Dimostrò il Savigny, siccome fu visto, che il giuramento, a cui Carvilio si riferì per divorziare, non fu speciale, nè tanto meno richiestogli dai censori per provocarne il divorzio; ma che, invece, era stato quel generale giuramento nel censo, con che ogni cittadino vi accompagnava le sue dichiarazioni, e fra l'altre

quella dell'« uxorem se liberum quaerundorum causa habere ». Vi riaccostava il Savigny stesso a raffronto l'altro caso, pur recato da Gellio; ov'è rappresentato il « censor » mentre « agebat de uxoribus sollemne iusiurandum », e dove di questo è data tal formula, « verba erant ita concepta: ut tu ex animi tui sententia uxorem habes? »; soggiungendovisi che quella volta, « cum ita uti mos erat censor dixisset », l'interrogato L. Porcio volle rispondendo scherzare sì sul senso delle parole della formula e sì sulla sua condizione coniugale. « Qui iurabat (segue qui Gellio), cavillator quidam et canalicola et nimis ridicularius fuit. Is locum esse sibi ioci dicundi ratus, cum ita, uti mos erat censor dixisset: « ut tu ex animi tui sententia uxorem habes? », « habeo equidem », inquit, « uxorem, sed non hercle ex animi mei sententia ». E però « tum censor eum, quod intempestive lascivisset, in aerarios rettulit, causamque hanc ioci scurrilis apud se dicti subscripsit ».[1]

E niun dubbio sembra possa rimanere su tal spiegazione di quel giuramento; niun dubbio pur anco su tal spiegazione di quella formula. Per questa, e per le frasi *uxorem liberorum causa dare, ducere*, è noto, come, anche fuori della riferenza e della circostanza del censo, ritornino nelle fonti giuridiche e non giuridiche, a contraddistinguer le unioni coniugali, ossia « matrimonii causa », dalle meramente concubinarie.

[1] A. Gell., IV, 20, 2-6; Cic., *de orat.* II, 64.

« La portata dell'espressione (soggiungeva ivi il Savigny) si può facilmente spiegare. I figli di una concubina erano giuridicamente considerati senza padre, sicchè a dirittura solo in un vero matrimonio potean essere procreati ad un uomo figliuoli che fossero riconosciuti per suoi ». [1] È, insomma, l'espressione di quel ridursi il matrimonio romano per la configurazione giuridica propriamente alla paternità (antico concetto persistente), che altrove e ripetutamente cercai di dichiarare e raffermare. Non occorre, adunque, per certo su tali due elementi del caso di Carvilio così chiariti dal Savigny d'insistere. Invece, non toccava il Savigny affatto, e lasciava al tutto impregiudicata, l'altra questione, che può farsi e che ci risorge qui più stringente: se quella formula o concezione di parole si riferisse così a matrimoni *cum manu*, come a *sine manu*, o forse per contro a' soli coniugii *sine manu* almeno al principio del sesto secolo; e se poi, per connessione e quasi di conseguenza, il matrimonio disciolto da Carvilio ci appaia o possa arguirsi *cum manu* o *sine manu*.

Ed io debbo riconfessare, che, per quanto io mi abbia attentamente ricercato e riconsiderato, per istudio e sforzo che vi abbia posto, io mi sono bensì in me medesimo raffermato nella persuasione, che quella formula corrisponda appunto ai matrimoni *sine manu*, ne fosse la propria affermazione e (almeno dapprima, e nello stesso principio del sesto secolo) particolare e

[1] *O. c.*; pag. 86-87.

distintiva, che in essi nascesse esprimendo il lor assorgere positivo conformandosi ai patriarcali matrimoni *cum manu*, e via via; ma non son riuscito a raccoglierne una vera prova, dico obbiettiva e provata, che possa convincere altrui con una precisa verificazione. E può pur darsi che in questa persuasione, o piuttosto veduta e sentimento, io m'inganni. Non è però che me ne manchino indizi significanti e concorrenti, segni per me parlanti. La mera parola *uxor*, come poi nell'editto « *unde vir et uxor* »; la nessuna significanza, il nessun accenno nella formula ad acquisto della donna e qual *materfamilias*, almeno a passaggio civile od appartenenza della donna alla *familia* di quella persona che si afferma nel *se* o *sibi*, cioè del marito, insomma a *in manum conventio;* la separazione, anzi, che fra le due persone de' coniugi la formula implica, e che si esprime nelle parole, e già nel « sibi quaerundum », ma più forse scatta fuori evidente nel contrapposto e contrasto dell'*habere* riferito alla donna e del *quaerundum* pei figli; la necessità stessa del doversi attestare tale acquisto de' figliuoli per l'uomo, e quasi fatto, che però così s'avanza e consolida a diritto; la non sacramentalità delle parole nella formula, sicchè son variabili; il trovarsi, che il prevalere e permanere di tal formula corrisponde a quello de' matrimoni *sine manu;* il riscontrarsene un uso assai tardo e, più, per matrimoni non al tutto romani, proprio per consacrarli come romani attestandone con essa formula l'elemento, che adunque era sempre pe' matrimoni ro-

mani (e allora i *sine manu* per certo) il più essenziale, esso di per sè stesso e solo quasi contenendone senza più tutta la natura o tutto l'essere congenito e capitale: tutto questo ed altro, e in tutto il complesso storico illuminato come meglio si possa, si raduni, e poi si dica se quella veduta non ne risulti senz'altro, o non ne risulti per lo meno assai confortata.

E si guardi or la cosa all'inversa, che fin qui. Nel censo stesso, tale formula alla moglie *in manu* dovrebb'esser stata, come non appropriata per le parole, così per la sostanza neppur necessaria, anzi superflua insieme e inadeguata. Non era infatti quella formula, senonchè l'affermazione dell'*animus*, dell'*affectio maritalis*, con quella (se così posso dire) inflessione di paternità o di patriarcato, che si è ripetuta: affermazione, che io dico appunto, per la moglie non solo *uxor* ma *materfamilias* sarebbe stata superflua e inadeguata. Superflua; perchè bastava il fatto che la donna fosse e risultasse appartenente a quella *familia*, qual moglie e madre, per legittimo modo di trapasso ad essa *familia*; e, dopo ciò, non montava, per tale appartenenza in tale qualità, altra risultanza d'animo e di fatto, altra prova e affermazione in proposito. Inadeguata; perchè quella frase, quel giuramento *de uxoribus*, non attestava e importava quel che dovea più volersi, appunto l'appartenenza ad una o ad altra *familia*. E cotale appartenenza non dovea per la moglie attestarsi e farsi risultare altrimenti, che per le altre persone appartenenti alla *familia* pur per legit-

timo modo; anzi, perfino non altrimenti, che per le cose acquistate con legittimo modo alla *familia*. Al che pare davvero, non dovessero essere senza considerazione, ed almeno senza forza ed efficacia, le forme, con cui quella appartenenza si costituiva; quali si erano per la moglie la *confarreatio*, la *coemptio* e forse fin l'*usus*.[1]

Tutt' al contrario è per la unione *sine manu*, ad essa tornando. Quale rapporto cominciato dal mero fatto, ben è in tutto rispondente che lo si affermasse e facesse risultare in un modo tutto di fatto; e fosse anzi rimesso tutto alla prova dell'animo, dell'affetto dell'uomo stesso, senza riferimento ad alcun modo o alcuna forma legittima, chè non ve n'erano affatto; ed, in somma, ci si rimettesse del tutto col giuramento nella coscienza stessa del *paterfamilias*, che si era voluto così da una data donna acquistar figli. E, si noti pure, come sia da Gellio indicato quale costume invalso, quasi consuetudine mera; ciò pare potrebbero racchiudere l'« uti mos erat » e più il « sollemne ».

Che se, infine, fosse tuttavia da riferir quella formula ai matrimoni *cum manu*, od anche ai matrimoni *cum manu*, non resterebbe però, dopo tutto questo e se bene la si osservi, se non che da pensare, che il giuramento « *de uxoribus* » e la formula vi fossero diretti,

[1] Non esce di per sè viva e chiara luce dal mero confronto della formula, di che qui si parla, con la formula solenne, ad esempio, dell'arrogazione offertaci da GELLIO stesso, V, 19, 9: « .... uti.... tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familia eius natus esset.... », o non se n'ha almeno grandissimo aiuto ed appoggio a cogliere il senso storico di tali memorie?

non già all'esistenza del matrimonio nella *manus* o colla *manus* senz'altro, bensì all'aversi pur *in manu* una donna proprio qual moglie o proprio *matrimonii causa:* mentre però in antico io non so ammettere, che per altro si convenisse *in manu:* e mentre in tale ipotesi, per me non ammissibile, bisognerebbe forse tornar a pensare, che quel giuramento fosse congiunto direttamente all'ufficio de' censori del vegliare alla procreazione o ai matrimoni e dell'esortarvi. Piuttosto, voglio io stesso osservare che, non appena si venne a tale (evidentemente, secondo me, per disfacimento della vita antica), che la *manus*, o più veramente la *in manum conventio* per *coemptio*, fu adoperata anche non *matrimonii causa*, ma e per gli altri fini che si sanno; allora, e anche subito, la formula predetta può concepirsi e ritenersi che venisse adoperata, poniamo con applicazione ed estensione nuova, pur ad affermare anche tali unioni *cum manu* veramente matrimoniali, o ad attestare in esse il *matrimonium*, già nettamente e civilmente a sè concepito. Così, infatti, ora non escluderò che taluno dei passi, pur tardi, (ben raccolti dal Savigny stesso) ov'è accennato a quella formula, in ispecie i passi di Valerio Massimo e di Tacito [1], non potessero riferirsi a matrimoni *cum manu*. Pel che però, e senza certamente dover scendere così tardi, bisogna per lo meno supporre già avanzato quel disfacimento o quella degenerazione della vec-

[1] VAL. MAX., VII, 7, 4; TAC. *Ann.*, XI, 27.

chia vita romana, degli antichi matrimoni *cum manu*; e resterebbe pur da cercare e spiegare come quella formula fosse sorta, come applicatavi, come stabilitasi; pel che, di nuovo, non so a che cosa meglio potrebbe volgersi lo sguardo, che ai matrimoni *sine manu* ed al loro invalere e prevalere. E per finire su tale formula, di cui la storia è stata del resto sì poco studiata, se il Dirksen ne diceva, che « dapprima servì a indicare la esistenza di un matrimonio civile valido in generale », e che poi « dalla lex Iulia e P. Poppaea in poi e dalle leggi congiuntevi si designaron con tal espressione quei matrimoni, che non eran fatti per eludere quella legge, cioè non fra persone prive di capacità coniugale, nè coll' intenzione di un subito scioglimento... »[1]; io non potrei, che riservare su tal asserzione il mio giudizio, mentre qui mi basta notare, che ciò ad ogni modo apparterrebbe ad una fase storica di tal formula ulteriore a quella che qui ne importa, oltrechè tutta speciale.

Ma si lasci pur stare di trarre appoggio da quella formula a tener matrimonio *sine manu* quello di Carvilio, per cui essa formula ne appare adoperata. Si lasci stare, d'altro lato, la circostanza che i Carvilii sono plebei.[2] Non solo: io voglio concedere non si faccia conto e assegnamento nemmeno su altri, pur notevoli, segni ed elementi. Così, lasciamo stare che a quel caso

[1] *Versuche zum Kritik und Auslegung der Quellen des römisch. Rechts*, Leipzig, 1823, I pag. 52-3.

[2] Cfr. MOMMSEN, *Röm. Forschungen*, I, 1864, pag. 82.

si riconducono la *cautio* e l'*actio*, e non *dotis*, ma proprio *rei uxoriae*. Lasciamo stare che non vi si parla, nè accenna punto, di *diffarreatio* o di *remancipatio*: che non vi si dice di *consilium* e *iudicium domesticum*, bensì il solo Gellio ne dice, e soltanto, « de amicorum sententia »: che Valerio rileva solo la fede coniugale, posposta al desiderio di figli: e tutti i passi degli antichi non toccano, se non che il più semplice e più pienamente libero rimandarsi, che della donna fa il marito, e quasi cosa poco più che di mero fatto. Lasciamo stare, infine, le parole e la frase già notate di Servio Sulpicio, « cum Sp. Carvilius..... divortium cum uxore fecit..... », quasi non si debba ritener precisissima e col colore storico esatto, il quale certo non potrebbe convenire a ripudio dalla *manus*. Io concedo che si lasci stare tutto ciò. Benchè mi piaccia riaffermare che, e da tutto ciò e da quel che sto per soggiungere, di nuovo io per me tragga al tutto ferma l'idea che il divorzio di Carvilio sia scioglimento di matrimonio *sine manu*. E si consideri, adunque, e valuti ciò solo che nel caso di Carvilio è provato ed attestato direttamente e lo fa singolare.

Nel caso di Carvilio la figura iniziale del ripudio maritale, quale si riscontrò in Plutarco e si discorse, non vi ha di certo. Chè neppur l'ombra di una colpa della donna, onde potesse a ragione essere scacciata dal marito. Ma e d'altro lato in esso caso, neppure alcuna colpa del marito; neppur nel senso di un mero arbitrio e capriccio di lui nel rimandarla, siccome fece;

il che diviene qui ben più importante. Chè sebbene, secondo Dionigi, Carvilio ne rimanesse « μισούμενος ὑπὸ τοῦ δήμου », e secondo Valerio « reprehensione non caruit, quia ne cupiditatem quidem liberorum coniugali fidei praeponi debuisse arbitrabantur »; pure, secondo Dionigi medesimo, ciò fec' egli « δι' ἀνάγκην » o, secondo Valerio stesso, « tolerabili ratione motus videbatur »; e, secondo poi Aulo Gellio, per di più era tradizione, Carvilio veramente « uxorem quam dimisit egregie dilexisse carissimamque morum eius gratia habuisse, set iurisiurandi religionem animo atque amori praevertisse ». Sicchè a me pare che, nonchè esservi il bisogno di accostare, come facea il Savigny, il caso di Carvilio a quell' altro, testè ricordato, di L. Porcio, narrato già anche da Cicerone oltrechè da Gellio; non ve ne sia anzi nessun fondamento. Chè nulla di quello che ben fu apposto a costui, si trova da apporre a Carvilio, se più attentamente e addentro si guardi. Non lo scherzo inopportuno e contrario alla civile dignità e del magistrato; nè tanto meno lo scherno delle pubbliche cose, delle forme del giuramento e della religione di esso; non la falsa religiosità ed il cavillo, nel ridicolo stesso; ma forse neppure, da ultimo (così penso), il pretesto, il trarre quelle parole della formula a diverso senso e concetto da quello ch' esprimessero e cui s' inspirassero, per soddisfare più veramente la sua volontà di mutar donna. Subito e meglio mi spiegherò forse con un esempio, il più attagliato. Io penso, cioè, che Carvilio divorziò (o potè divorziare,

e questo ne basta) con quello stesso animo e quasi istituto, per cui Turia poi esortava il marito al divorzio. E che però, d'altro lato, presso il popolo egli con tutto ciò « reprehensione non caruit »[1], di riscontro, per quello stesso animo ed istituto e senso squisito (ma non so più se giuridico o piuttosto morale) nel popolo stesso, pel quale poi Q. Lucrezio Vespillone respingeva, quasi aborrendone con isdegno e certo con tutto l'ardore, il sacrificio di sè medesima propostogli da Turia: questi ancora esclamando nell'elogio di lei appunto « quae tanta mihi fuerit cupiditas aut necessitas habendi li*beros*, ut propterea fidem exuerem...? »[2] Tanto dovea potere nel cuore di Vespillone questo sentimento, tanto alto concetto dovea egli avere del coniugio: ma e già tanto alto doveva e ben poteva averlo (il che se è mirabile, non è strano) il popolo di Roma fin da' tempi di Carvilio; e già allora infatti (nella scarsezza de' ricordi, convien fare ogni maggiore e continuo tesoro di quei pochi, ma capitali, che si hanno) da mezzo secolo era sòrta anche l'ara alla *Pudicitia plebeia.*

Nè ancora, con tutto ciò, è detto abbastanza. Perchè, se in tutto addentro si apprenda l'essere ed istituto del matrimonio romano, massime antico e propriamente nella vita giuridica e civile, massimamente pel suo ri-

[1] La traduzione greca fatta da Dionigi della memoria latina da lui trovata, e ch'è pur in Valerio, dice forse troppo.

[2] *Laudatio Turiae*, II, v. 44-45; cfr. il mio libro *Il matrimonio romano* a pag. 29.

solversi nella paternità o meglio nel procacciamento di prole, prima alla *familia* ed al *paterfamilias*, poi insieme alla città, alla patria; se quindi in tutto addentro si afferra, come quella formula « liberum quaerundum causa » tutta racchiuda ed esprima l'intima essenza di quel matrimonio romano, e come, se si riferisca ai soli matrimoni *sine manu*, ne rappresenti anche tutta la forma giuridica; e se ogni altro elemento si richiami: ben si comprenderà, che proprio col più severo sentimento l'animo di Carvilio potesse e quasi dovesse essere, per lo meno, perplesso e diviso. Da un lato, l'affetto, il concetto e sentimento morale, e però tutto personale, del matrimonio: dall'altro, il concetto e istituto ed ufficio, non meramente giuridico, ma civile del matrimonio stesso, pel quale omai il cittadino dovea dar figli alla patria, più ancora che acquistarli a sè stesso. E se si aggiunge, che questo secondo elemento si rivestiva, per di più, nel caso del censo e nell'esempio concreto, coll'affermazione solenne del giuramento al magistrato, ossia assumeva come una veste formalmente e religiosa e civile, ben si capirà potesse divenire o parere quasi un impegno preciso. Invero, Carvilio si trovava di aver già affermato con giuramento in passato, «... iurassetque apud censores... », « uxorem se liberum quaerundorum causa habere »[1]; gli parea in somma, guardando al passato, come con frase anche più esatta ci dipinge l'altro passo di Gel-

[1] A. Gell. XVII, 20, 44.

lio, aver allora giurato di tener quella moglie onde esserne per avere figliuoli, o quasi che n'avrebbe avuto figli, siccome del resto ne l'avean richiesto i censori: « iurisiurandi religionem animo atque amori praevertisse, quod iurare a censoribus coactus erat uxorem se liberum quaerundum gratia habiturum ».[1] Ed ora, pertanto, gli parea mancarvi, o sentiva come il rimprovero di quel giuramento, l'incitamento e l'ingiunzione che da quella formula del giuramento, per chi ancor non avesse figliuoli, era inscindibile. Sotto questo aspetto, ma soltanto sotto questo aspetto, potrebbe richiamarsi l'efficacia, ad ogni modo indiretta anche pel caso di Carvilio, dell'assunto che pur i censori si avevano, cioè altresì d'indurre e per più guise i cittadini al matrimonio.

« Contro il celibato (ben scriveva il Padelletti pel primo periodo, fino al VII° secolo, della storia di Roma) reagirono sempre lo spirito pubblico e i pubblici magistrati. Si narra di una tassa che l'anno 351 u. c. i censori Camillo e Postumio imposero a titolo di pena sopra coloro *qui ad senectutem coelibes pervenerant:* e gli antichi scrittori conservarono memoria di discorsi che i censori, gelosi custodi dell'antica purità dei costumi, solevano tenere al popolo sulla necessità di tor donne e di aumentare la prole ».[2] Siccome, infatti, fra altri ricordi si ha, che Gellio narra della « oratio

[1] A. Gell IV, 3, 2. La maggior conseguenza, che dalla seconda forma « *habiturum* » volea trarre il Berner, e che già si ricordò, non è ammissibile.

[2] *Storia del diritto rom.*, cap. XII.

Metelli Numidici, gravis ac diserti viri, quam in censura dixit ad populum de ducendis uxoribus, cum eum ad matrimonia capessenda hortaretur. In ea oratione ita scriptum fuit: si sine uxore possemus, Quirites, esse, omnes ea molestia careremus; set quoniam ita natura tradidit, ut nec cum illis satis commode, nec sine illis ullo modo vivi possit, saluti perpetuae potius, quam brevi voluptati consulendum est ». Dove invero a ragione « videbatur quibusdam (come Gellio continua), Q. Metellum censorem, cui consilium esset, ad uxores ducendas populum hortari, non oportuisse de molestia incommodisque perpetuis rei uxoriae confiteri, neque id hortari magis esse, quam dissuadere absterrereque.... »[1]: e per un censore, difatti, ce n'era davvero di troppo. Ma e siam lungi dai migliori tempi di Roma; e tanto meno poi sarebbero qui da ricordare le famose leggi di Augusto. Per altro, questo appunto pel nostro tema ne risulta, che, più genuino e severo si apprenda e colpisca questo assunto dei censori, e tanto meglio insieme si vedrà anche il caso di Sp. Carvilio Ruga sotto quella più vera luce, che sto cercando d'indirizzarvi.

Del resto, si faccia astrazione anche da quest'ultimo ufficio de' censori: mentre mi preme ripetere che, a me pare non vi sia neppur l'ombra di quel che ad altri sembrò, cioè di un atto diretto de' censori verso Carvilio per indurlo o a matrimonio, o tanto meno a divorzio per incontrar un secondo matrimonio. Si fac-

[1] A Gell. I, 6, 3.

cia sopra tutto ogni astrazione da questa specie di riabilitazione di Carvilio, nella quale si potesse credere ch'io mi compiacessi, quasi egli fosse austero e purissimo preponendo all'affetto tenero e intenso per la moglie un alto e rigido senso religioso e civile. Poniamo, invece, puranco che nell'intimo animo suo egli non fosse irreprensibile, e che si valesse di tale mezzo per coonestare il piacer suo; che quindi il suo divorzio sia uno dei segni dell'avanzante corruzione de' costumi nella Roma d'allora. Io son lungi dal rifiutarmi a questa intelligenza, ancorchè non mi paia risultare punto evidente, e nè necessaria od opportuna. Ma, anche con essa, sta quanto prima dissi; ed è ciò che a me importa. O, pur con essa e ad ogni modo, parmi rimanga troppo più che abbastanza per dire, che l'atto di Carvilio, il mezzo da lui scelto, la causa allegata erano del tutto consentanei all'indole dell'antico matrimonio romano e sott'ogni rispetto. E già quindi ne discenderebbe, che egli dovesse andar scevro da penalità; sì da pena pubblica, quale la nota censoria, toccata invece a L. Annio e a L. Porcio; e sì pertanto (questo è qui più osservabile) dalle perdite patrimoniali accompagnanti un ripudio maritale fatto senza giusta cagione. Ciò sempre nello stretto aspetto giuridico, e di quello storico momento. Mentre poi ben potremo ammirare, che dal popolo stesso si avesse una così squisita manifestazione di sentimento e criterio circa il matrimonio, quale ci serbano sopratutto le parole di Valerio: « .... quamquam tolerabili ratione motus videbatur, reprehensione

tamen non caruit, quia ne cupiditatem quidem liberorum coniugali fidei praeponi debuisse arbitrabantur ». La quale, ad ogni modo, dovrebbe pregiarsi come affermazione della prevalenza dell' elemento etico sul giuridico nel matrimonio, ma che di più ci si para dinanzi quasi annunzio della trasformazione, che il matrimonio romano stava per avere od almeno per iniziare nella sua stessa configurazione giuridica positiva.

Del resto, non può sfuggire quanto più profonda ragione e più profondo senso avrebbe il fatto carviliano se quel matrimonio era *sine manu:* quasi ancora tal specie di matrimoni proprio colla figliazione si consecrasse di fronte al diritto della città: però mentre il sentimento popolare avrebbe in sostanza affermato allora espressamente e giuridicamente, che il vincolo coniugale dovesse stare e osservarsi, anche all' infuori della paternità e figliazione, di per sè solo. Che se, da altro lato, un segno di corruzione debba vedersi in Carvilio, starebbe nel non aver egli dato tanto valore al coniugio, e a quella specie di coniugio: mentre il sentimento morale e già la vita stessa lo portavano.

Di penalità incorse da Carvilio, d' una o d' altra guisa, non vi ha pur lontano ricordo od accenno. Neppure anzi sappiamo, che cosa, in ispecie, avvenisse della dote o *res uxoria* della moglie ripudiata da Carvilio; se veramente fosse restituita o no, se dopo contestazione o senza, se in caso tutta o parte fosse restituita, e così via via. Solo parrebbe potersi trarre dalle fonti, che non si fu quello il primo caso, in cui, nonchè la

cautio, ma nè l'*actio rei uxoriae* fossero adoperate: chè solo se ne trae sicuramente, che in esso per la prima volta il bisogno di queste si avvertì in modo preciso, e che le si desiderarono: anzi, secondo Servio Sulpicio, proprio le *cautiones* si desiderarono; e nè tal restrizione si vide esser senza valore. Forse, perchè non vi si ottenne, neppure per autorità pubblica, ciò che con esse sarebbesi ottenuto, il bisogno fu più vivamente sentito, ed il caso per ciò stesso più segnalato? A me par più modesto non azzardar congetture campate in aria: dalle parole delle testimonianze parrebbe risultar solamente, allora prima si ravvisasse e trovasse la insufficienza del diritto preesistente, e si constatasse come la mancanza, così la necessità, per tali o simili casi, appunto di una *cautio* a ciò precostituita. Al quale testuale rilievo si ponga mente. E intanto, per non lasciar intentato alcun lato, comunque circa queste ultime considerazioni si figuri e si pensi, certo è che, se si suppone il matrimonio di Carvilio *cum manu*, si dovranno anche ricordare e ritenere quest'altre cose. E cioè, che la riferenza della *cautio*, desideratavi, non può farvisi senonchè su quelle contingenze di siffatti matrimoni, nelle quali una *cautio* (secondo quanto si disse) vi appare possibile. Di più, che l'*actio*, da essa *cautio*, non vi si potesse esercitare, senonchè dopo compiutosi dal marito, coll'assistenza del *consilium domesticum*, il ripudio; ma, dunque, astenendosi il marito e il *consilium* da quel giudizio sui costumi della donna, o almeno da quelle conseguenti determinazioni sulla

sorte della *dos*, che invece e vidersi accennati e par vero da arguire a lor propri in antico. E sarebbe quindi a ritenere avvenuta allora una divisione in tali funzioni, un' abdicazione di talune di esse da parte della autorità domestica fin ad allora autonoma, col trasferirsi di codeste alla pubblica magistratura? E codesta alterazione forse per tutti i matrimoni *cum manu*? E forse per tutti i ripudi, o solo per taluni casi di ripudio? Chi potrebbe rispondere? Di certo non si avrebbe, se non che ciò sarebbe stato a partire dal caso di Carvilio. Invero potrà parere, per facilitare la soluzione avesse utilmente a supporsi, che quello fosse un matrimonio *coemptione* od *usu*. E a supporsi altresì, quello esser stato per avventura il primo caso di ripudio da sterilità della donna in tal matrimonio *cum manu*, senza il concorso almeno d'altre cause e circostanze? In ispecie a quest'ultima supposizione si sarebbe indotti dal pensiero, che avrebbe dovuto, altrimenti, presentarsi prima quel bisogno, che si dice presentatosi come nuovo nel caso di Carvilio. Al che però, senza dire della inverosimiglianza, potrebbe già contrapporsi che solo al tempo di Carvilio, in ogni ipotesi, lo sviluppo della città e della vita fosse tale da potersi così avvertir quel bisogno e quel modo di provvedervi.

Ma, d'altro canto, è pur chiaro che non occorrerebbero davvero tante supposizioni, se ci si appigliasse invece a scorgere un matrimonio *sine manu* nel matrimonio disciolto da Carvilio. Ivi all'esercizio dell'azione non abbisognava precedesse verun atto di for-

male ripudio, cui solo il marito, o il *paterfamilias* di lui, potesse compiere. Ivi anzi mancava quell'unica autorità domestica e piena, che decidesse ogni caso, per difficile e delicato che fosse, e foss' anche con buona ragione da ambe le parti, quale fu il carviliano. Ivi, pertanto, in quel dubbio nuovo e nel conflitto, che non lasciò esente dalla riprensione dell' opinion pubblica Carvilio, benchè lo mandasse esente da ogni penalità, e che potea porre in contrasto due *familiae;* ivi si offriva il più piano, facile, intero il ricorso, co' mezzi opportuni, all' autorità pubblica, come rimedio, e l'unico possibile, emergente dalle cose stesse. E fu naturale, ripeto, che, giusta l' antico sentimento, prima tal ricorso si concepisse così: che dovesse, cioè, esser reso possibile dalle parti stesse, o dalla parte più interessata, colla precostituzione di un atto a ciò, e però coll' applicazione a tal rapporto dotale di una forma generale. Dietro a che o quasi di pari, altrettanto naturale che, pur senza tale cautela privata, dallo stesso magistrato fosse posta, offerta e svolta l'azione, senza limitazioni. Ecco che per quel caso si sarebbe toccato con mano dai privati il bisogno e trovato il modo di provvedervi; poi si sarebbe proceduto oltre dal magistrato: ecco che, trattandosi di matrimoni *sine manu*, la via sarebbe già stata aperta e sgombra a introdurre e avanzare quei nuovi mezzi, senza dover cominciarsi dallo smantellare il vecchio edificio famigliare. Così, quasi senza che s'avvertisse, sbucava fuori la novità importantissima, che

rispondeva alla nuova vita e la palesava, che dall'azione di famiglia trapassava tal materia all'azione di stato.[1]

30. Ed ancora ne parli, col linguaggio delle cose, qualche corrispondenza ad esempio.

Dell'adulterio scriveva benissimo il Rein queste riflessioni.[2] « Nei più antichi tempi una legge contro l'adulterio non era nè necessaria, dacchè la moralità del popolo aborriva da tal reato (si rammenti il culto della pudicizia e il rispetto alle donne fin positivamente ingiunto, sicchè non è a meravigliarsi se il divieto dell'adulterio è detto una *lex sempiterna*, come in Cicerone, *de leg.* II, 4, e si confronti Lattanzio, *epit.* 64), nè anzi a dirittura possibile ». Ed è proprio (voglio notarlo) in quest'ultima affermazione, che io gli consento; piuttostochè nella precedente, e del resto subordinata e meno importante: mentre, dell'adulterio nell'antichità non si è già visto? « Nè anzi a dirittura possibile (continua dunque il Rein, ed ecco ottimamente), dacchè la legislazione allora non osava per anco penetrare nelle cose famigliari. La santità del vincolo coniugale stava sotto la guardia della potestà del *pater-*

[1] Il passo testè recato di Gellio (I, 6, 3) mi fece grandemente sospettare, che il nome di *res uxoria* non sorgesse a significare l'apporto e il complesso di beni, siccome la *dos;* ma invece il complesso del rapporto in ispecie, e non solamente patrimoniale fra coniugi, da regolarsi al momento dello scioglimento volontario, la *res de qua agitur;* essendovi quasi un'espressione pur del vincolo, così a sè concepito: sempre però riferendosi al mero rapporto di *vir* ad *uxor*. E il passo di Boezio (*In Cic. top.* VI, 17, 65) riferito a pag. 202 potrebbe far sospettare, il nome invece di *res uxoria* si riferisse al momento dello scioglimento, esprimesse la dote sol nel momento che cessava di esser tale.

[2] *Criminalr.* pag. 836.

familias e de' tribunali domestici, che dalle leggi eran riconosciuti; e sol più tardi la vigilanza dell' autorità, specialmente della censura, vi entrò (così da Livio, X, 31, Cicerone, *de rep.* IV, 6, Svetonio *Claud.* 16) ». Sicchè, poi, solo colla legge Giulia (aggiungo quasi con parole già altrove richiamate del Padelletti) l' adulterio ne appare elevato a delitto colpito di pena pubblica. Or bene, circa così sarebbe avvenuto, e quasi in tutto parallelamente, per lo scioglimento volontario dei coniugii: nel diritto antico di Roma e del Lazio esso, come ripudio, sta tutto dentro alla famiglia; nel diritto nuovo, come divorzio, esso si trova passato nel dominio del diritto della città e così dell' autorità pubblica. Il caso di Carvilio segnerebbe il primo momento di tale passaggio. Nè basta.

Un altro esempio altrettanto significante si vegga nella quota legittima, dirò meglio nella successione domestica necessaria, indeclinabile cioè pel padrefamiglia verso i figlifamiglia. La quale pure, già tutta compresa e compenetrata entro il diritto famigliare dell' antico tempo, dentro alla qualità stessa della suità degli eredi; di poi più veramente si afferma, e si configura e costituisce a sè, nel diritto della città, quando trapassa al dominio pubblico, ad una pubblica determinazione e disciplina. Non è che prima non vi fosse; ma ell' era quale la comportava quell' antica famiglia, in forma ancora imperfetta, anzi non per anco positiva e tutta propria e speciale: la necessità sua da parte, ossia a carico, del padrefamiglia vi era in tutto affidata al diritto, e

cioè piuttosto al costume, domestico, la cui osservanza poi vi era soprattutto rimessa al padre stesso; all'inversa, vi era sviluppata e ferma la necessità da parte, ossia a carico, degli *heredes* ch'erano *sui*. Ma ecco, che nel disfacimento dell'antica famiglia, per entro allo svolgersi della vita di città, nell'avanzare della famiglia nuova, altresì facendosi astrazione dal rapporto di potestà patria e sul fondamento naturale ponendosi accanto alla paternità la maternità, e via via; ecco, ch'essa successione necessaria, passando per la disciplina pur civile e positiva ma formale della diseredazione dei *sui*, infine balza fuori trasformata o, dirò meglio, conformata in propria figura e come nuovo istituto, mediante i Centumviri, nella *portio legitima*.

E, a non dir d'altri, però un terzo esempio nel concubinato si ricordi. Certo, esso fu e rimase sempre l'unione sessuale del tutto di fatto o, per dir così, tutta materiale e naturale, senza veruna costituzione e figura civile. Dico, anche senza assumere mai figura civile; chè ciò pure sembra a me indubitato: figura, che in ogni caso non avrebbe potuto essere che a patriarcato, quale appunto i coniugii stessi *sine manu* aveano assunta. Ma ed appunto da questi stessi coniugii *sine manu* rimase il concubinato il più nettamente é recisamente distinto, per mancarvi quell'animo della paternità, in cui pel diritto e la vita civile di Roma (temo averlo omai troppo ripetuto) l'*animus*, l'*affectio maritalis* veramente si sostanziava. Questo medesimo animo (e di contro la mancanza sua) d'aver

figliuoli, ed in essi una sua *familia* libera, *heredes sui* continuatori della propria casa, compenetrati bensì nella persona stessa d'esso padrefamiglia lui vivo, ma in potenza di divenir lui morendo altrettanti *patresfamilias;* tale animo (o la sua mancanza) avea a forziori distinto ognora il concubinato anche dai matrimoni *cum manu*, nel suo essere più antico: ciò, se un tempo di fronte a tali matrimoni soli lo si concepisca e supponga. Però, ecco dispiegarcisi dinanzi, come il concubinato medesimo abbia quella evoluzione, che ho accennata; ecco, come più veramente si affermi e configuri quando passa dalla vita meramente di famiglia a quella della città. Dapprima, infatti, è di regola con ischiave o liberte, che l'unione meramente naturale s'incontra: i figli o son servi e senz'altro in proprietà del padrone e padre e più propriamente *paterfamilias*, anch'essi sono sua ricchezza personale ma non libera; o gli sono mediatamente legati da vincoli d'assistenza e protezione, sono per di più in condizione sociale inferiore verso lui ed i suoi figli legittimi o (vorrei dirli piuttosto) civili. Fuori di tale rapporto, che ha o può avere pur una certa continuità di fatto, un certo assetto e fino un suo particolar luogo in quella vita tutta informata a famigliarità o, se vuolsi, patriarcalità; fuor d'esso, è forse solo la neppur concubina, che si può avere, è solo il *quaestus corpore*, o sono i figli di madre che si dà a ogni uomo, i *vulgo quaesiti.* Ma colla vita di città viensi a tale, che il procrear uomini e perfino per unione naturale, non è nè vale più solo

o non tanto a ricchezza del singolo, della famiglia, bensì è d'interesse della città, della repubblica: qui sta, infine, tutta la caratteristica delle leggi Giulie. Già per tutta l'età repubblicana questo lato pubblico della procreazione, e proprio della famiglia, per lo stato si era avanzato, svolto, proseguito. Mentre al tempo di Augusto si era anzi a termini, in cui la famiglia e il commercio sessuale venivano omai meno a tale ufficio; e questo adunque, per converso, volle affermarsi più che mai forte nel diritto positivo, e perfino in guisa esorbitante. Ecco, è sotto quest'aspetto, sotto quest'influsso di condizioni, che anche il concubinato allora si afferma e ravvisa proprio nel diritto della città; anzi allora, e per la prima volta, nelle leggi pubbliche ne appare il nome (e forse che da quelle stesse leggi lo ricevè?), siccome la tradizione ci ha serbato: certo esso ne fu afferrato e (per quanto si pensi che indirettamente) disciplinato, costituito. Ed era come una nuova figura, quasi un nuovo istituto; benchè in ordine di fatto; e non rapporto normale, ma nè delittuoso; che allora era acquisito al diritto positivo della città. E a tanto gli era occorso, ch'esso pure si sprigionasse dalla cerchia della vita famigliare, per passare ad esser considerato nella vita civile.

Più in generale, si vede ch'è sempre uno stesso movimento storico, salvo che a diversi gradi, o sotto diversi lati, con diversi elementi, e pur con qualche diversità di risultamenti. Il progredir delle cose apportava come il disciogliersi della vecchia costituzione a

famiglia, e tutto il riassettarsi a vita di stato; così il penetrar dello stato nella famiglia medesima, il restringersi della famiglia in sè e ne' suoi debiti uffici e confini: ed ancora il disegnarsene e fissarsene a sè nel diritto positivo della città tanti rapporti ed istituti, e or quasi nuovi, già confusi entro la famiglia. Talchè ora tornando al divorzio, vero e proprio, è omai chiaro, di quale evoluzione progressiva esso non fosse in sostanza che un punto; esplicatosi giusta il generale andamento, salva naturalmente qualche sua particolarità.

Nè deve far meraviglia, che codesto suo affermarsi e costituirsi nel diritto della città, coll' autorità magistratuale, sembri avvenire relativamente tardi: tardi, cioè, rispetto alla storia di Roma in genere; tardi poi, in ispecie, rispetto alla storia e vita de' matrimoni *sine manu*, se (com' io penso e venni divisando) proprio nello scioglimento di tali matrimoni lo si ravvisi e lo si immedesimi. Chè prima di tutto, sott' altri rispetti e massime nel raffronto cogli esempi or citati, potrebbe viceversa sembrare, che abbastanza presto. Ma poi, questi altri argomenti ne additano non troppo tarda quella manifestazione. Occorreva, infatti, che i matrimoni *sine manu* (guardando decisamente a questi) si fossero prima avanzati e maturati, fossero assorti a dignità di vincoli coniugali in forma patriarcale, ciò almeno sott' ogni lato nel fatto o nella vita; perchè anche i loro dissolvimenti ottenessero tal fissazione e sanzione nel diritto comune. Occorreva (s' essi matrimoni si ritengano già sopra tutto della plebe), che la fusione de'due

ordini di cittadini fosse compiuta, o quasi. Occorreva, per lo meno, che quei matrimoni fossero diffusi, stessero per dilagare nella vita romana. Più occorreva, che già fossero in persone per ogni rapporto ragguardevoli, cospicue; siccome, infatti, Carvilio stesso era « ἀνὴρ οὐκ ἀφανὴς », « vir nobilis »: chè soprattutto vi occorreva la dote e importanza di dote, o di apporto uxorio, siccome capitale elemento [1]. Che se non si volesse, invece, guardare che ai matrimoni *cum manu*, occorreva, secondo me, che precisamente il vincolo coniugale si apprendesse e trattasse distinto dalla *manus;* occorreva soprattutto, che lo sfacimento della famiglia antica fosse ben inoltrato; perchè questo suo lato ne uscisse fuori, e trapassasse all'azione pubblica; o viceversa, perchè lo stato su questo punto si arrogasse di penetrare in quella venerata ed inviolata cerchia. Tanto occorreva: e tutto il carattere del momento storico comporterebbe, che, ad ogni modo, appunto al sesto secolo ciò potesse essere avvenuto.

Dopodichè, neppur parrebbe omai troppo strano, che, date tutte le condizioni discorse, il matrimonio di Carvilio fosse il primo, e questo però in quanto si guardi ai *sine manu*, che si sciogliesse per sterilità della

[1] Al qual proposito e nel qual senso, la raccolta de' *Luoghi plautini riferentisi al matrimonio* fatta dal Costa, che ho già ricitata, mi mette innanzi e mi fa apprezzare un passo, nell'*Aul.* III, 4 v. 4 e seg., a ciò importantissimo; chè scolpisce la posizione storica e dà, secondo me, tutta la ragione del ritardo e insieme del momento di nascita delle *cautiones* e dell'*actio rei uxoriae* e via via, appunto giusta tutto il mio pensiero.

moglie; voglio dire il primo, in cui la sterilità della moglie potesse aver tal portata, qual vi ebbe: e voglio dire, che sempre essi dovean prima esser pervenuti a quella maturità verso il diritto positivo di Roma, perchè la sterilità cosi come si vede, con effetti di diritto, vi si affermasse. Ma, ben più, omai non può far meraviglia, che davvero potesse essere il primo, in cui, data la sterilità della donna, la formula del censo si avesse ed esercitasse quella particolar forza, portasse o inducesse a quel risultato. Nel che proprio, si noti bene, sta la caratteristica singolare e capitale del caso; alla quale le testimonianze antiche s' incentrano, e può pur appuntarsi tutta la cagione del bisogno, allora sentito, secondo le stesse antiche testimonianze.

Certo, esso può anche esser stato, e quasi ne appare, un divorzio *bona gratia*, cioè senza « ira et offensa »; benchè, se n' è detto che Carvilio amava la moglie, non è poi detto con qual animo si accomodasse costei al divorzio. E simili scioglimenti *bona gratia*, perfino ripudi maritali dalla *manus* pur *bona gratia*, possiamo supporre, senza la necessità di quelle manifestazioni, che tanto si son ripetute. Ed altri vada pur dietro ad altre particolarità. Se una, più specialmente io volessi ancor rilevarne, rileverei qui a sè, che quel matrimonio era senza figliuoli; perchè tutto quel che si è discorso può dirne quanto capitale circostanza questa dovesse essere, quanto capitale in ispecie per gli effetti patrimoniali di restituzione dotale, e proprio perchè il bisogno della restituzione fosse sentito sì forte;

siccome l'ulterior svolgimento dotale, meglio dimostrerà di per sè.

Io ripiglio la condizione complessiva, e proprio in matrimonio libero, ed il trapasso al campo pubblico, Questo si consideri; e ben si pensi a una separazione di *vir* ed *uxor* semplicemente o *sine manu*, senza colpa da un lato e senz' arbitrio dall'altro; poi si neghi omai, che una sola parola può esprimere tal fatto giuridico: *divortium*. O, supposto anche *cum manu* il matrimonio di Carvilio, bastano gli altri due elementi a costituire quel nuovo, che, sentitosi tosto, di poi nella tradizione, gelosa e fedele custode, si fermò e serbò; e che sembra pur richiedesse la nuova parola, *divortium;* e che certo fu il punto d'inizio del vero *ius divortiorum* romano. Ad ogni modo, è insomma proprio una nuova figura di scioglimento coniugale, a cui qui si passa: dal ripudio maritale, al divorzio,

Anche tutta quella mutazione, che, in opposizione all'antico ordinamento famigliare o più specialmente coniugale ed a costituzione di un nuovo diritto dotale, il Voigt volea attribuire alla da lui sì ingegnosamente architettata legge Menia *de dote* emanata, secondo che egli vuol argomentare, nell'anno 568 di Roma; io credo invece non si debba senonchè ricondurre a tutta quella complessiva trasformazione, che son venuto descrivendo, e sopra tutto non sia, che una manifestazione del prevalere de' matrimoni *sine manu* con tutte le lor condizioni: trasformazione e prevalenza, di cui la memoria del divorzio di Carvilio segnerebbe il primo momento

di decisa affermazione positiva e di omai vittorioso andamento. E già è ben noto, che quella immaginata legge Menia, se si ebbe il suffragio dell'Arndts, non si ebbe però mai l'accettazione comune; ed ora si può dire al tutto rifiutata: acconciamente lo Czyhlarz, in ispecie, mostrava la manchevolezza degli argomenti a sostenerla; e s'aggiunse, che al luogo di Gaio, da cui si volea trarre partito, fu letto sicuramente il nome di altra legge.[1] Mentre, m'è grato di notare, che il Voigt medesimo cominciando il suo scritto in proposito[2], dottissimo e importantissimo a ogni modo per quant'è di storica osservazione, rilevava quel che emerge dalla tradizione antica così. « Il più antico diritto dotale romano si fonda innanzi tutto sopra una lex Romuli, di poi sulle XII Tavole, ed in appresso sopra certe regole giuridiche create dalla interpretatio nel secondo quarto del sesto secolo della città »; e per queste ultime riferiva i due passi di Gellio sul divorzio carviliano, soggiungendo, come ne risulti che quel divorzio desse primamente l'occasione ai nuovi mezzi di diritto dotale, o insomma secondo la tradizione segni a ogni modo un momento (ed io direi il momento) capitale, decisivo. Se è vero (come lo stesso Voigt poi continua,

[1] In Gaio I, 78 lo STUDEMUND infatti lesse « lege Minicia » e « lex Minicia »; anzichè « Mensia », come prima supponevasi, od altro: già l'avvertiva, discorrendo su questo punto, il prof. VITTORIO SCIALOJA nella *Rivista critica per le scienze giuridiche*, 1881, vol. I, fasc. 6, pag. 167-8.

[2] Lo scritto, tante volte citato, *Die lex Maenia de dote* etc., 1866, pag 1, 2; e cfr. pag. 81-84.

ed è verissimo) che « quel diritto dotale, qual era dato, e quale complesso di norme, dalle regole della interpretatio, delle XII Tavole e della lex Romuli, sofferse la prima profonda alterazione dalla lex Iulia (de maritandis ordinibus) e Papia Poppea (caducaria) »; altrettanto vero cred'io, che fra tali due termini stia il cammino e progresso di prevalenza, fino a tener tutto il campo, de' matrimoni *sine manu;* e, ripeto, in tutte le loro condizioni, in tutti i lor lati e rapporti, in particolare nel loro scioglimento per volontà diretta. Quest'ultimo conquistandosi luogo e figura propria nel diritto positivo col caso di Carvilio; ma però con esso appunto facendosi uno de' passi più importanti, un passo capitale e decisivo per tutto in genere quel nuovo coniugio e pel regime dotale.

E così, ciò che lo Schupfer, esponendo la surrogazione del *iudicium de moribus* al tribunale domestico, siccome accaduta « già nell'età repubblicana » e rivelantesi in « due notizie sommamente interessanti del secolo VII », egregiamente colpiva ed esprimeva; cioè, che per tal innovazione e pel nuovo *iudicium*, « nel quale un giudice esaminava la causa della separazione », « il divorzio cessò di essere un affare di famiglia per diventare un atto pubblico » [1]; questo ancora, come si è visto, io riferisco e riporto a tutta la trasformazione e prevalenza descritte e pur testè ri-

[1] Nell'opera, pur spesso citata, *La famiglia secondo il diritto romano*, 1876, pag. 172.

petute, e proprio al momento e dal momento del caso di Carvilio, collo spuntarne e fermarsene qual nuovo istituto positivo il divorzio. E forse altre espressioni e ricognizioni di altri scrittori potrei in tal senso ricordare, e già altre ne riferii: non è alla novità, ch'io tenga, o ad una assoluta novità e quasi cosa tutta mia: chè anzi tutt'al contrario. Quanto più io mi trovo concordare cogli altri scrittori e autorevoli, che mi precedettero in questo tema, se non altro per uno od altro lato e punto dell'argomento; o quanto più, in sostanza, veggo e dimostro di fondarmi al tutto sulla miglior tradizione di ricerca e studio e sulle sue risultanze e conquiste in proposito, e di sforzarmi appunto solo a continuarla o, se tanto mi fosse dato, ad alcun poco avanzarla; tanto più mi sento io forte nelle mie vedute.

Pertanto, a mio credere, il prevalere de' matrimoni *sine manu*, e intendo nel diritto positivo o, se vuolsi più esattamente, nella vita giuridica positiva di Roma; l'agevolezza e libertà, presto anzi così sorprendente licenza, de' divorzi romani (licenza, che la corruzione de' costumi non basta a spiegare); il vero svolgersi del diritto dotale in Roma: sono tre fatti storici, che debbon ridursi ad un solo, o non son che tre aspetti o tre manifestazioni di un solo. E tutti e tre mettono capo, siccome a loro segno e punto capitale e primo (sempre intendo nella vita e per la vita giuridica positiva), proprio ad un certo momento; in cui e il vincolo stesso, per l'offrirsi di un suo particolar

scioglimento volontario, si dovè valutare nel diritto positivo più precisamente, o si dovè confortare di certa positiva provvisione, almeno dal lato patrimoniale; e così esso stesso scioglimento si configurò, si disciplinò positivamente, e di nuovo dal lato patrimoniale; e questa disciplina però dal lato patrimoniale non fu altro, che lo svolgersi del vero diritto dotale. Il che tutto però non potea aversi, se non che portandosi tale rapporto d'indole famigliare (datane la maturità di preparazione nella vita romana) al pubblico magistrato, o alla sanzione e alle determinazioni del diritto positivo magistratuale. Che se, del resto, pel matrimonio stesso qualche precedente ed almeno indiretta ricognizione nel diritto positivo può scorgersi o pensarsi; invece, veramente il suo scioglimento volontario e la restituzione dell'apporto uxorio solo allora spuntavano nel diritto positivo della città; però, a sua volta, la restituzione dell'apporto uxorio solo in ragione d'esso scioglimento volontario. Il qual scioglimento volontario, insomma, oltr'essere il fatto predominante, per di più si porgeva con condizioni, con indole, con figura nuove, ed io dico di *divortium*.

Per la quale parola e per la sua genesi e la sua fortuna (che è traccia esterna della cosa da essa significata), a lasciar stare quel che già n'accennai e dovrò poi osservarne, sopra tutto il non essere appropriata affatto ai ripudi dalla *manus* che avean speciali denominazioni, saranno dunque senza importanza queste altre manifestazioni? E cioè, principalmente, l'ap-

parire essa così prevalentemente e con funzione tecnica nelle fonti sì giuridiche e sì non giuridiche, benchè sì scarse, che appartengono appunto al sesto o al settimo secolo della città? Di poi, l'essere dessa appunto rimasta, siccome si vedrà, la denominazione più propria e tecnica dell'istituto degli scioglimenti volontari dei coniugii, insomma de' divorzi lungo tutto il diritto romano, ossia l'essersi generalizzata insieme col trionfo de' matrimoni *sine manu*, e ad ogni modo col nuovo ordine di cose? E non vorrà dir nulla, che già Titinio, poi Lucio Afranio, ai quali si riconosce di aver maneggiato e presentato nelle lor commedie materia di vita romana popolare, e fin volgare, e privata, intitolassero ognuno una delle lor commedie « *divortium* »; siccome, non meno significante, un'altra Afranio ne intitolasse « *emancipatus* »[1]; quasi entrambi i titoli ci additino la vita giuridica romana in due suoi momenti allor prevalenti di evoluzione ed ancor nuovi, e quasi ce ne additino appunto lo svolgersi ognor più pel sesto secolo e nel settimo? Mentre poi un ben noto passo della commedia d'Afranio « *divortium* », conservatoci da Nonio Marcello, ci offre appunto un caso di vero e proprio divorzio, secondo che io intendo, un divorzio fatto dal padre richiamante la figlia contro voglia di lei dal matrimonio.

La concorde notizia del primo divorzio in Roma, cioè nel diritto romano, sarebbe la memoria tradizio-

[1] Cfr. TEUFFEL, *Gesch. der röm. Lit.* 1882, pag. 179 e pag. 228, ecc.

nale, per quanto lieve, estrinseca, languida, e ne fossero pure non vere o non esatte tutte le particolarità, di quel grave momento. Che Servio Sulpicio (o forse Nerazio?), a differenza degli altri antichi, non dica veramente primo quel *divortium*, sì allora prima volutesi la *cautio* e l'*actio*, ben può esser naturale per ciò: chè Servio trattava proprio *de dotibus*; e or proprio alla *res uxoria*, non ad altro, dovea appuntarsi. Mentre, del resto, la frase di Servio non potrebbe esprimere più fedelmente e meglio che quel divorzio, non in ordine di mero fatto fu il primo; sì, che fu il primo per la configurazione e trattazione positiva nel diritto di Roma; e che da allora la dissoluzione del rapporto di *vir* ad *uxor* si trapassò pel suo regolamento coattivo al magistrato. E dunque sarebbe la memoria tradizionale di quel momento, che segnava una sì potente e profonda trasformazione nel diritto famigliare; che iniziava tutto un nuovo avvenire; che recava alla luce della vita di città, in forma ed in contorni ed in prosecuzioni al tutto nuovi, quel che fin ad allora si era rimasto nella chiusa e ristretta e sì tacita vita di famiglia (e io dico già soprattutto plebea), che appena è se già agli antichi non n'era spenta la storia e se a noi però ne rimanga qualche eco e vestigio.

Ancora infine, io ripeto e concludo, non si volesse uscire dai matrimoni *cum manu*, e sempre la trasformazione ad ogni modo sta; il contrapposto evolutivo fra l'antico e il nuovo è innegabile. E qui è quel fatto storico più intimo ed ampio, che dapprincipio notavo

potersi nascondere sotto la memoria del primo divorzio; e del quale le parziali spiegazioni, date dai moderni con isforzo o incompletezza a codesto racconto, non sono che tante facce particolari, tante manifestazioni monche e singolari. L'importanza sua filosofica consiste nell'immensa distanza fra il ripudio maritale e il divorzio; ed in tale importanza è pure il motivo, per cui mi parve pregio dell'opera il tentar d'afferrare e apprezzare adeguatamente quello storico momento, che è una fase capitale nella storia della famiglia e insieme nella via dell'umano incivilimento.

Ora, postone così il punto di partenza, viene che si prosegua lo svolgersi del diritto del divorzio in Roma; quasi non occorrendo di occuparsi più dell'antico ripudio. Ossia, ben divise così le due figure, distinti i due stadi, abbandoniamo omai ciò che in Roma si era l'eredità del mondo preromano; per considerare più propriamente la elaborazione e la produzione di Roma stessa. E di questa altresì lasciamo omai da un canto gl'inizi colle loro incertezze, la parte più che altro congetturale fin qui toccata, e talor forse fino con troppa peritanza e ritegno; per penetrare e per seguirla piuttosto nella sua vita certa e progressiva.

NOTE AGGIUNTE ALLA PARTE SECONDA

1. Pel fatto di Q. Fabio Massimo e del genero suo A. Attilio Calatino, recato a pag. 159 e seg., mi attenni senz'altro nel testo alla data assegnatavi dal Niebuhr (*o. c.*, III, pag. 310, e prima a pag. 199, nota 398). Voglio però notare che altri lo pongono invece alquanto più tardi, nella seconda guerra punica; e così, fra altri, già il Rein, *Criminalrecht*, pag. 491, poi il Voigt, *XII Tafeln*, II, § 161, nota 12, pag. 714. È colla prima data (ritenuta anche dallo Haakh, nella *Real-Encyclopaedie* del Pauly, alla voce *Fabia gens*, vol. III, pag. 383-4), che il fatto può dare più precisa e spiccata questione o men lieve difficoltà nel nostro tema, come appunto si è visto. Ma non è tuttavia, che non le desse, ed anzi pressochè ugualmente, colla seconda; per l'argomento stesso che il Niebuhr mettea innanzi ed io riferii, ossia per la logica induzione, che ne farebbe di necessità risalire a ogni modo nel tempo.

2. M'accorgo d'essere forse riuscito fin troppo scarso quanto a citazioni, e di fonti antiche e di opinioni di scrittori moderni; e non voglio tacerne. Ognuno però, che ben guardi, scorgerà facilmente, che sempre su quelle e su queste lavorai e procedetti. E in ispecie per le prime, che fui o mi studiai di essere sempre testuale; anche dove, siccome spesso, non ne feci espresso richiamo, per trattarsi delle fonti su cui tutti già si appoggiarono, e però troppo note, e ch'io stesso altrove citai, sì da bastarvi il tacito accenno e rinvio. Per le opinioni dei moderni poi, s'io avessi voluto allegarle e discuterle in tutte le lor differenze e sfumature, sarei riuscito ben più lungo, e invero troppo. Mentre ogni elemento ed ogni contributo attrassi piuttosto e compenetrai in una esposizione e trattazione, che mi piacque sopra tutto di lasciar che riuscisse serrata e continua, indipendente e mia. Che se, per converso, di ripetizioni o insistenze, che sembrino soverchie, debbo forse, d'altro lato, scusarmi, spero si comprenderà come sian nate dal voler appunto fare esatta ragione ed aver buon frutto di tutto; ma tutto preso in quell'espressione e portata, che mi parver più vere.

3. Pel senso giusto però di ciò, che, pur secondo me, si racchiude sotto la parola *divortium*, debbo qui citare (poichè m'è sfuggito di farlo lungo il lavoro) lo Esmein « *La manus, la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain* », nelle sue *Mélanges d'hist. du droit* (Paris, 1886), a pag. 23 e seg.

E m'è grato citare in particolare, che per quanto dissi del concubinato (supplendo così, in qualche modo, anche ad una lacuna, giustamente quanto autorevolmente, notatami pel primo volume) potei giovarmi pur dell'ultimo e buono studio, « *Le unioni e i figli illegittimi nel diritto romano* » del dottor Alfredo Moscatelli (Bologna, 1887).

E voglio infine avvertire, che era già compiuto il manoscritto del presente libro, quale è ora pubblicato, quando ebbi l'ampio ed egregio lavoro di un illustre nostro, « *Le origini del diritto romano* » di Giuseppe Carle (Torino, 1888). Duolmi non aver prima avuto tale aiuto e lume; ma né qualche richiamo, lungo la stampa, sarebbe stato adeguato. Vedrà ognuno dove io (siccom'è tuttavia) ne diverga; e dove invece mi abbia il conforto di sì valido consentimento.

INDICE DELLA PARTE SECONDA

Il primo divorzio nel diritto romano.

1. La questione sulla notizia del primo divorzio in Roma. . . Pag. 1
2. Le testimonianze puntuali degli antichi . . . . . » 3
3. E considerazioni intorno ad esse . . . . . » 10
4. In ispecie circa le date ch' esse recano. . . . . » 18
5. Le varie opinioni dei moderni nella questione. . . . . » 26
6. E le più importanti fra esse. . . . . » 39
7. Il primo diritto romano circa gli scioglimenti volontari dei coniugii secondo Dionigi e Plutarco. . . . . » 46
8. Valutazione in ispecie di tale testimonianza di Dionigi. . . » 51
9. E discrepanza in tali testimonianze fra Dionigi e Plutarco. . » 60
10. Cenno della evoluzione generale del diritto circa gli scioglimenti volontari dei coniugii. . . . . » 65
11. L'antico ripudio maritale in Roma, secondo Plutarco . . . » 73
12. E sue cause, condizioni e forme . . . . . » 79
13. Opinioni dei moderni sull'antica indissolubilità dei coniugii in Roma secondo Dionigi. . . . . » 87
14. Riflessioni in proposito, e sulla contraddizione implicita al discorso di Dionigi. . . . . » 93
15. Una spiegazione di quella indissolubilità secondo Dionigi, ed insieme della notizia del primo divorzio . . . . . » 101
16. Ancora della dissolubilità e dissoluzione dei matrimoni confarreati più in particolare . . . . . » 110
17. Della dissolubilità dei matrimoni *cum manu* non confarreati. » 121
18. E della cessazione della *manus* e dissoluzione del coniugio nei matrimoni colla *coemptio* e coll' *usus*. . . . . » 130

19. Di nuovo sulla genesi e sullo svolgimento dei matrimoni *sine manu*, di fronte a quelli *cum manu*. . . . . Pag. 135
20. Il *consilium* e *iudicium domesticum* in rapporto alle due specie dei matrimoni . . . . . » 150
21. Dissolubilità ingenita ai matrimoni *sine manu* . . . . . » 156
22. E della loro dissoluzione, o propriamente del concetto e istituto del divorzio in Roma. . . . . » 164
23. La condizione personale e patrimoniale allo scioglersi fra vivi di un matrimonio *sine manu* . . . . . » 171
24. La *cautio* e l'*actio rei uxoriae* di fronte alle due specie dei matrimoni romani . . . . , ... » 184
25. Rapporto fra l'*actio* e la *cautio*, e contenuto di ciascuna. . » 196
26. Cenno dello scioglimento per morte de' matrimoni *sine manu*. » 210
27. Le prime forme de' divorzi . . . . . » 216
28. Casi ricordati di scioglimenti volontari de' coniugii innanzi a quello di Carvilio. . . . . » 227
29. Il caso di Carvilio. . . . . » 239
30. Punto di partenza del diritto romano del divorzio. . . . . » 258

E.M.P.
2/10/27